



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105004 201800570 01
Demandante: BERTHA FLORIAN POLANIA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a profesional del derecho *Maryi Tatiana Parra Baracaldo* identificada con C.C No 1.019.050.453 y T.P No 229.157 del C.S.J.

Atendiendo al poder allegado por *Porvenir S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad a la profesional del derecho *Jacqueline Rodríguez Rojas*, identificada con C.C No 52.230.797 y T.P No 305.950 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Bertha Florián Polanía* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A* a efectos de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad promovida por la AFP



demandada; en consecuencia se declare la nulidad de la afiliación y determinar que la demandante jamás dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a *Porvenir S.A* la devolución a *Colpensiones* de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que se trasladó a *Porvenir S.A* el 7 de julio de 1997, sin recibir por parte de la entidad la asesoría que se requería para que de manera informada tomará una decisión libre y consiente; que al afiliarse a la AFP el argumento que le indicaron fue que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, sin señalare las ventajas y desventajas del traslado de régimen, ni el monto de su pensión.

Afirma encontrarse afiliada a la AFP *Porvenir S.A*, no obstante en el mes de mayo del 2018 radicó derecho de petición solicitando la nulidad de su afiliación, frente a lo cual el 8 de junio del 2018 recibe respuesta en la cual le informa que no tienen competencia para anular la vinculación, por lo que el 16 de mayo del 2018 radicó ante *Colpensiones* derecho de petición solicitando el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entidad que mediante comunicación del 23 de mayo del 2018, le manifiesta que resulta improcedente realizar el traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis constestatio* en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales vigente para la fecha del traslado, atendiendo además las directrices de vigilancia y control expedidas por la Superintendencia Financiera.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.



Por su parte *Colpensiones* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante se trasladó a la AFP de forma libre y voluntaria, sin avizorar vicios del consentimiento.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 30 de septiembre del 2019 declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, para tenerla como válidamente afiliada a *Colpensiones*; condenó a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* el saldo existente en la cuenta de ahorro individual; ordenó a *Colpensiones* aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y condenó en costas a *Porvenir S.A.*

Como sustento de su decisión rememora lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicado S.L. 17595 de 2017, en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, por lo que tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible, máxime que se debe diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

Así, como quiera que desde la demanda la parte actora indicó que no se le ha otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 68852 de abril de 2019, en la que refirió que "*bajo tal premisa frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, entonces como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; y en sentencia 68838 de 2019 la misma Corporación señaló



que el acto jurídico de traslado de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Concluyó que es *Porvenir S.A* quien debía demostrar que le otorgó la información debida a la demandante en el año de 1997, y como no lo hizo, en tanto solo aportó el formulario de afiliación, es procedente el acceder a las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia *Porvenir S.A*, presentó recurso de apelación en el que en suma indica que para la fecha del traslado no existía normativa alguna que consagrara que las AFP debían dejar por escrito la información suministrada, no obstante, el hecho de no contar con prueba documental no significa que la AFP no actuara de manera diligente y que haya obrado de buena fe, tanto así que llegó al raciocinio de la demandante la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el que para la data de suscripción del formulario se estimaba más conveniente.

Por otra parte, que la pensión resultaría más elevada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida debido a que las mesadas son subsidiadas en gran parte por el Estado, lo cual no es una carga que deba endilgarse a la AFP.

Respecto a los gastos de administración, que no es dable su devolución en tanto se derivan de la gestión que implicaron los rendimientos a favor de la accionante, por lo cual la decisión implicaría un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, que la accionante no tenía una expectativa pensional próxima a consolidarse para la fecha en que operó el traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa*



pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario



del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 7 de julio de 1997 (Fl 109), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario adujo que la única información que le brindaron era que obtendría mayores beneficios con su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin aclararle cuáles eran los beneficios, limitándose a señalar que el entonces Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, frente a lo cual el traslado de régimen era su mejor opción.

En ese orden de ideas se debe declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos



e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por la AFP demandada en el recurso de alzada.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la



ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

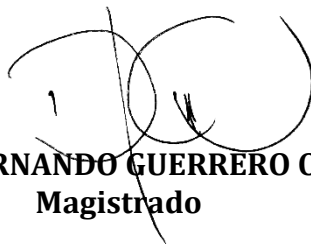
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00286 01
Demandantes: LEONOR ESTHER ZEQUEDA PEREZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder allegada por la AFP *Porvenir S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor Fredy Quintero López identificado con C.C. No. 79.581.111 y T.P No. 278.643 del CSJ en calidad de apoderado de la entidad.

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Diana María Vargas Jerez* identificada con C.C No. 1.090.449.043 y T.P 289.559 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones*, y *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Leonor Esther Zequeda Pérez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, para que se declare la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 3 de mayo de 1999, con la *AFP Porvenir S.A.*, como consecuencia de la ineficacia, se le



reconozca y pague la pensión de vejez prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el pago de las mesadas adicionales de diciembre de cada año y el pago de los intereses moratorios; de forma subsidiaria la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació 3 de julio de 1960 y que cuenta con más de 57 años de edad; que el 3 de mayo de 1999 encontrándose vinculada con el empleador *Electrificadora del Caribe S.A., E.S.P* se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*, sin haber recibido la información clara, completa y oportuna por parte del Fondo que la recibió; que cotizó 104 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y 1.196 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que el día 5 de diciembre de 2017 solicitó a la AFP *Porvenir S.A.*, y a *Colpensiones* la ineficacia del traslado de régimen pensional, peticiones negadas por la accionadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que efectuó el traslado de régimen pensional, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aportó el expediente administrativo de la demandante en el que se evidencia que la actora acumuló en el régimen de prima media con prestación definida un total de 109,86 semanas y solicitó corrección de la historia laboral por los periodos del 28 julio de 1994 a diciembre de 1995 con el empleador *Fiscalía General de la Nación*.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.*, contestó señalando que la actora se trasladó de régimen con *Porvenir S.A* el día 03 de mayo de 1999, con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, aduciendo que en el plenario no se



aportaron pruebas que conduzcan a lo pretendido; que la información suministrada en su momento se encuentra acorde con las estipulaciones impartidas por la Superintendencia Financiera, y que el acto fue válido en la medida en que la demandante suscribió su solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, una vez recibida la asesoría; frente a las pretensiones del derecho pensional, ni se opuso ni las aceptó, por cuanto las mismas van encaminadas a *Colpensiones*.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 9 de octubre de 2019, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP *Porvenir S.A.*, realizado el 3 de mayo de 1999, condenó a *Porvenir S.A.*, a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores de la cuenta de Ahorro Individual de la actora, incluyendo los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, debidamente indexados. Ordenó a *Colpensiones* a recibir sin solución de continuidad como afiliada a la actora desde su afiliación de fecha 16 de marzo de 1993. Absolvió a *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, de las restantes pretensiones incoadas.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, desde el 16 de marzo de 1993 hasta el 3 de mayo de 1999, fecha en la que se trasladó a *Porvenir S.A.*, sin que obre en el expediente prueba alguna que acredite que la actora recibió por parte de la AFP *Porvenir S.A.* la información veraz, clara, precisa, completa y comprensible respecto de las ventajas y desventajas del régimen de traslado. Que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, el deber de información ha existido desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y las Aseguradoras de Fondos de Pensiones desde su fundación tienen la obligación de brindar la información al detalle a sus posibles afiliados, y que la omisión al deber de información acarrea la ineficacia, en aras de garantizar los principios de buena fe y transparencia en la elección del régimen que más le convenga.



Que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 33 años de edad y 80 semanas de cotización, no obstante, conforme la sentencia SL2136-2014, cuando se presenta controversia frente a traslados entre regímenes pensionales, lo que se analiza es si el acto jurídico que lo generó resulta ineficaz independiente si el peticionario es o no beneficiario del régimen de transición, en aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil; que en el presente asunto la AFP *Porvenir S.A* no acreditó que sus actuaciones se ciñeron al principio de la buena fe, otorgando la información veraz y completa, pues la suscripción del formulario no acredita que la demandante conocía las implicaciones del traslado de régimen y dicho medio probatorio resulta insuficiente para soportar el cumplimiento del deber de información.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, que no prospera por afectar un derecho de carácter pensional, y en lo que respecta al reconocimiento del derecho pensional, la actora no cuenta con la densidad mínima de semanas exigidas por la Ley, pues conforme la historia laboral aportada al plenario a folios 15 a 29, la actora cuenta con 1.069 semanas de cotización y acorde el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 aplicable a su caso, requiere 1.300 semanas para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al expresar su voluntad al momento de la suscripción del formulario, contrato que no fue tachado de falso, ni desconocido por la parte, y que de conformidad con la normatividad vigente para la época, esta es la única documental que se tiene; que el deber de la doble asesoría se originó con la Ley 1748 de 2014 y que la carga de la prueba no es una regla probatoria de carácter general, pues para que se dé su inversión debe ser la actora beneficiaria del régimen de transición; que en el expediente no existe prueba que la AFP haya actuado de mala fe; asimismo, señala que con este tipo de decisiones se afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones; finalmente, solicita absolver a *Colpensiones* de condena en costas, toda vez que no influyó en la decisión del traslado, y no es la autoridad para



determinar para la época del 2017, fecha en la que solicitó la nulidad del traslado, si este se había efectuado con observancia de la normativa vigente.

Por su parte *Porvenir S.A* manifiesta que la actora es una persona capacitada por su condición de abogada especialista en derecho administrativo, por lo que no se trata de una afilada lego como lo determina la jurisprudencia y en esa medida la AFP no incumplió con el deber de información, pues este es colateral y está en cabeza de ambas partes; en cuanto a la inversión de la carga de la prueba el principio *onus probandi* precisa que quien alega debe fundamentar los supuestos de hecho y es precisamente la demandante quien lo ha debido demostrar, pues no existe medio de convicción que le permita establecer al Despacho que su representada incurrió en conductas de omisión o asesoría incompleta o falaz y que la demandante manifestó en su interrogatorio que se le informaron las características del régimen; finalmente, señala que la actora no cumple con las semanas mínimas requeridas para obtener su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y le sería más favorable la pensión de garantía mínima que le brinda el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:



Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el art. 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información



necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Porvenir S.A* (Fl 14) en donde efectivamente se observa el traslado para el 3 de mayo de 1999, y en el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues contrario a lo expresado en la alzada, la actora no confesó que se la haya brindado información completa sobre las características del régimen, junto con sus ventajas y desventajas, por el contrario, manifestó que el asesor le informó que se iba a pensionar con menos edad y sin importar las semanas, insistiéndole que el *Instituto de Seguros Sociales* iba a desaparecer y que debía afiliarse a cualquier Fondo en el Régimen de Ahorro Individual (CD 0:8:05).

Lo anterior se ratifica con el interrogatorio de parte absuelto por la Representante Legal de *Porvenir S.A.*, en donde confiesa que no le consta la formación que tenía en temas de seguridad social el asesor que le brindó la información a la aquí demandante (CD 0:35:39). Asimismo, la restante prueba documental y publicaciones efectuadas en medios de comunicación por *Porvenir S.A* (Fls 145 y 146), no dan cuenta que la AFP *Porvenir S.A.*, haya acreditado de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

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

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

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP *Porvenir S.A.*, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al



momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Frente al reparo del apoderado de *Porvenir S.A.*, en cuanto al principio del “*onus probandi*” y que no estamos frente a un afiliado lego, dada la condición de abogada de la demandante, es oportuno señalar que para la fecha de los hechos la actora no lo era como lo expresó en su interrogatorio de parte (0:15:34) y sin importar su nivel educativo, téngase en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019 en donde trae a colación su tesis que indica que las AFP tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible en materias de alta complejidad y no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, en los siguientes términos:

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

“Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.”



En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Por lo anterior, no le asiste razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el RPM pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la



seguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”,* motivo por el cual la excepción resulta impróspera.



Frente al reparo de *Colpensiones* en cuanto a la condena en costas procesales de primera instancia impuestas por el *A quo*, esta se mantiene incólume de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del CGP y el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 emanado por el Consejo Superior de la Judicatura, que establecen que ha de condenar en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien pierda el incidente por él promovido, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, en ese orden la persona llamada a juicio y vencida en el mismo, tiene la carga de asumir las costas que en la actuación judicial se ocasionen, sin necesidad de examinar si hubo culpa o mala fe en quien promovió el proceso, recurso o incidente o se opuso a él y resultó vencido.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V.- DECISIÓN:

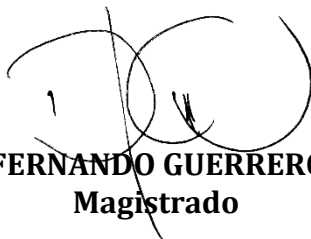
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de octubre 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Rodolfo Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2018 00630 01**
Demandante: JOSÉ OMAR PEÑA MUÑOZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la *Dra. Aida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 13 de septiembre del 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Omar Peña Muñoz* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos de que se declare que no es válido y por ende es ineficaz el traslado realizado a través del formulario por medio del cual efectuó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Horizonte* hoy *Porvenir S.A*; como consecuentica de lo anterior se declare que el demandante continúa válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*; ordenar a *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y



rendimientos realizados al Régimen General de Pensiones; ordenar a *Colpensiones* recibir los aportes de la *AFP Porvenir S.A* y condenar en costas a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 14 de noviembre de 1956; empezó a cotizar en pensiones a partir del 10 de septiembre de 1986 al entonces *Instituto de Seguros Sociales*.

Sin embargo, un funcionario de *Horizonte* se acercó a su lugar de trabajo y le manifestó que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar, por lo que la pensión que le reconocería la AFP le resultaría más favorable, por lo que aceptó trasladarse en el año de 1998 y desde entonces ha cotizado a *Porvenir S.A*, a quien solicitó calcular el monto de su pensión, frente a lo cual se le informó que se pensionaría a los 62 años con una suma de \$780.000.

Resalta que los aportes a pensión los hace en la actualidad con un IBC de \$1.800.000, por lo que solicitó un cálculo actuarial acorde al cual el monto de su pensión en *Colpensiones* ascendería a \$2.309.728.

Por lo anterior, solicitó a *Porvenir S.A* el 6 de septiembre del 2018 que declarara la nulidad de la afiliación, misma data en la cual solicitó a *Colpensiones* restablecer la afiliación de la demandante, peticiones que fueron desatadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que se cumplió con el deber de información.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la genérica.



Por su parte, *Colpensiones* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra por cuanto obran en el proceso medios probatorios suficientes que acreditan que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, sin que se haya viciado el consentimiento.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 13 de septiembre del 2019 declaró ineficaz la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 11 de septiembre de 1998 de *Colpensiones* a la AFP *Porvenir S.A*; condenó a *Colpensiones* a admitir nuevamente al demandante; condenó a la AFP *Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los dineros que hubiere recibido por razón de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y muerte; condenó a *Colpensiones* a aceptar todos los valores que retorne la AFP *Provenir S.A* y que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante; declara no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer costas procesales.

Como sustento de su decisión manifestó que la elección del régimen pensional debe ser de manera libre y voluntaria, estando las AFP obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz, oportuna todos los servicios inherentes a su actividad, siendo responsables de los perjuicios que por su culpa pudieren ocasionar a los afiliados; por otra parte que el deber de información se consagró desde la Ley 100 de 1993, por lo cual no es dable estimar que la AFP pudiese estar relevada de dar una información de carácter transparente, lo cual ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia.

Refirió que el deber de información implica un acompañamiento permanente, de



tal manera que el potencial afiliado tenga acceso a la información completa y comprensible de los regímenes pensionales, incluyendo las ventajas y desventajas, lo cual no fue acreditado en el plenario por *Porvenir S.A.*, sin que tenga relevancia si se es o no beneficiario del régimen de transición.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A.*, interpone recurso de apelación en la que indica que al tenor literal de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 692 de 1994, en su artículo 2º, señalando que la afiliación de la demandante se llevó a cabo con el lleno de los requisitos establecidos en dichas normas y de acuerdo a las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Refiere que si bien en el plenario reposa una simulación pensional realizada por *Porvenir S.A.* a nombre el demandante, no obstante la misma puede modificar teniendo en cuenta que es un cálculo realizado con base a tasas fluctuantes del mercado, por lo cual dicha prueba no es determinante para establecer el monto de la pensión.

Asimismo que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración y de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes, toda vez que los descuentos se hicieron en virtud de lo estipulado en el marco jurídico de la Ley 100 de 1993 y lo señalado en circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo cual además se sustenta en los rendimientos que se generaron a favor del actor; de igual manera, durante el tiempo de afiliación permaneció con cobertura frente los riesgos amparados por las aseguradoras, y en ese orden de ideas, el reintegro de esos dineros constituye un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 11 de septiembre de 1998 (Fl 79), en el



que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, adujo que se trasladó atendiendo a que le informaron básicamente que el entonces *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar. Ahora, si bien es cierto que los cálculos pensionales se modifican atendiendo la época de su elaboración, dicha situación no acredita en manera alguna el cumplimiento del deber de información para la fecha del traslado.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo cual apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se haya percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal.

En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,



ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

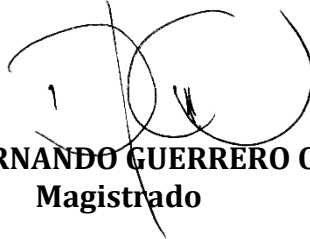


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 21 201800105 01
Demandantes: ANA CASTELBLANCO CARDOSO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de dicha entidad al profesional del derecho CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con C.C No 1.129.580.577 y T.P No 219992.

Así mismo, en atención al poder allegado por Porvenir se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a YESENIA TABARES CORREA, identificada con C.C No 1.037.608.320 y T.P No 242.706.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de *Colpensiones y Porvenir S.A*, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Castelblanco Cardoso*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A*, para que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por la demandante el 1º de abril de 1995 con la afiliación a la *AFP Porvenir S.A*; consecuentemente se ordene a *Colpensiones* y a *Porvenir S.A* realizar el traslado de régimen de la demandante, con la respectiva devolución de aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos.



De igual manera se ordene a *Colpensiones* reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, en forma retroactiva desde el 12 de abril del 2017, el pago de los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el 12 de abril de 1960; se afilió a *Colpensiones* en el mes de mayo de 1983; en el mes de marzo de 1995 fue abordado por un asesor de la AFP *Porvenir S.A*, realizándose una reunión grupal en la que se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, así como que de trasladarse podría pensionarse a la edad que deseara, por lo que procedió al traslado el 1° de abril de 1995.

Sin embargo, precisa que no recibió asesoría respecto de las diferencias entre un régimen pensional y otro, los beneficios, desventajas o inconvenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además no realizó proyecciones futuras de la pensión.

Por lo anterior, elevó solicitud ante *Colpensiones* sobre la anulación del traslado de régimen, la cual fue rechazada por dicha entidad. Igual solicitud, radicó ante la AFP *Porvenir S.A*, quien a su turno negó su petición.

En lo tocante al derecho pensional, refiere que en la actualidad cuenta con más de 1462 semanas cotizadas y reúne los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que cumplió con todos los requisitos legales que para la época de la afiliación le eran exigibles.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica.



Por su parte, *Colpensiones* se opuso a las pretensiones indicando que resulta improcedente el traslado de régimen de la demandante, en cuanto la misma se encuentra incurso en una prohibición legal, establecida en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no viola el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 4 de octubre de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de marzo de 1995 por intermedio de *Porvenir S.A*, y en consecuencia, declaró como afiliación válida la efectuada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*; condenó a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes a *Colpensiones*, a quien ordenó activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a reconocer y pagar la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, una vez se reactive su afiliación, con el pago efectivo a partir del día siguiente a la última cotización o desafiliación del sistema, teniendo en cuenta hasta la última cotización para calcular con el IBL promedio de los 10 últimos años, monto que deberá ser calculado conforme lo dispone el artículo 34 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la AFP no logró probar dentro del proceso el deber de información, en tanto el formulario preimpreso y firmado por la demandante no es suficiente para demostrar que se cumplió con dicha obligación.

De igual manera, no se confesó por activa que se conocían las ventajas y desventajas que implicaba el traslado y si bien se aportan comunicados de prensa, aquellos son posteriores al traslado y tampoco acreditan el cumplimiento del deber de información, sin que tenga relevancia que la actora sea beneficiaria o no del régimen de transición.



Finalmente, en consideración a que la demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispuso su reconocimiento una vez se haga efectivo el traslado, a partir del día siguiente a su desafiliación.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Porvenir S.A interpone recurso de apelación en el que en suma solicita la revocatoria de la sentencia, teniendo en cuenta que la demandante conocía las características de ambos regímenes y aun así optó por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; adiciona que conceder el traslado daría lugar a la desfinanciación del sistema ante el reconocimiento de una prestación como lo es la pensión de vejez, más aún en un régimen en el cual la demandante no ha cotizado. En cuanto a los gastos de administración aduce que estos se fundamentan en la Ley 100 de 1993 y ordenar su pago, genera un perjuicio a la AFP, pues con aquellos se cubren los seguros por invalidez y muerte, por tanto, existiría un enriquecimiento sin justa causa. Por otra parte, dichos gastos de administración dan lugar a unos rendimientos que no se generarían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

A su turno *Colpensiones* interpone recurso de apelación, toda vez que se encuentran frente a una previsión legal de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 del 2003 y la sentencia SU-062 del 2016. Finalmente, que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima frente a su derecho pensional, por lo que solicita la absolución de la entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Porvenir S.A* (Fl 175) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 1° de marzo de 1995, y el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*



leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin de tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues como lo manifestó, solo da cuenta de una afirmación de la asesora al indicar que el ISS se iba a liquidar y que podía verse perjudicada en los aportes que había realizado.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

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

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

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.



En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la



ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



De igual manera, no se avizora un enriquecimiento sin causa de *Colpensiones* con la devolución de los emolumentos, en tanto dichos montos ingresarán al sistema, con la destinación específica que dispone el ordenamiento jurídico.

En lo atinente la excepción de prescripción, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe acotarse que tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

De la pensión de vejez

Acorde lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, para el caso de las mujeres y a partir del año 2014, las mismas tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, acreditados los 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas.

En el caso *sub examine*, la promotora logró acreditar que arribó a los 57 años de edad el 12 de abril del 2017, por cuanto la fecha de su natalicio fue el mismo día y mes del año 1960 (Fl 30), por lo que se tiene por acreditado el primero de los requisitos pensionales previstos por la norma citada en precedencia.

De otra parte, en lo atinente a la densidad de semanas cotizadas, corrobora la Sala con de la historia laboral militante a folios 31 a 36, que la promotora ha cotizado para el 9 de mayo del 2017 una total de 1462 semanas.

Dimana de lo eludido en las anteriores líneas, el indubitable cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que hacen a la demandante merecedora del reconocimiento y pago del derecho pensional.

No obstante, en razón a que aún no se verifica la desafiliación de la demandante, resulta acertado lo aducido por el fallador en primera instancia al disponer el reconocimiento y pago a partir del día siguiente de la última cotización o



desafiliación del sistema, procediendo a calcular el IBL conforme lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

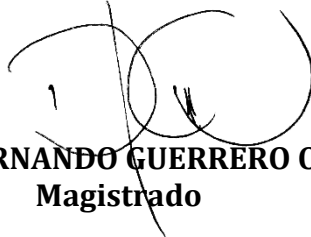
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre del 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105023 201800175 01
Demandante: MARÍA BERNARDA FRAM RUIZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la *Dra. María Claudia Tobito Montero* identificada con C.C No 1.020.786.735 y T.P No 300.432 del C.S.J.

Así mismo, en atención a la sustitución del poder allegada por *Porvenir S.A* se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de la mentada entidad al *Dr. Fredy Quintero López* identificado con C.C No 59.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 24 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Bernarda Fram Ruiz* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A* a efectos de que se declare la nulidad de la continuidad en la vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante con la sociedad *Porvenir S.A*, por carecer de validez al existir



vicios en el consentimiento del afiliado; se declare que la demandada *AFP Porvenir S.A* no asesoró ni brindó una información oportuna, clara y comprensible a la demandante; en consecuencia de lo anterior, se declare válidamente afiliada a *Colpensiones*, por lo que la AFP demandada es la responsable de los perjuicios causados a la libelista.

Se condene a la *AFP Porvenir S.A* a procesar y tramitar el traslado de régimen de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a la AFP a asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría; se declare y condene a la AFP a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios las diferencias que pudieran existir entre los aportes realizados por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los que debe acreditar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a la pensión de vejez, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 16 de febrero de 1956; ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el mes de mayo de 1985 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que se afilió a la *AFP Porvenir S.A* el 30 de septiembre de 1998; no obstante, precisa que dicho traslado carece de validez, pues dicha entidad no cumplió con su deber de información y buen consejo al momento de asesorar al demandante, ni le informó en el año 2001 que le faltaban menos de 10 años para pensionarse y tenía la opción de trasladarse de régimen; que el promedio base de cotización de la actora era superior a cinco salarios mínimos; que la demandante mediante su empleador en el año 2001 realizó aportes a *Colpensiones*; que la demandante el 6 de mayo del 2015 requirió a la *AFP Porvenir S.A* para que se aclarara la situación de multifiliación, no obstante en comunicación del 5 de junio del 2015 se dio respuesta a su requerimiento indicando que el comité de multifiliación decidió estimar como válida su afiliación en la *AFP Porvenir S.A*.

Afirma que en comunicación del 8 de agosto del 2017 la demandada *AFP Porvenir S.A* acepta que no tiene un procedimiento en el cual se documente la asesoría dada a la demandante y en el numeral 4º indica que solo a un grupo de personas que



les falten más 11 años para pensionarse informaron la posibilidad de trasladarse de régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera.

Propuso como excepción previa la que denominó no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y como de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Con auto del 6 de diciembre del 2018, el *a quo* dispuso la integración del litis consorcio necesario con la *AFP Protección S.A.*

La *AFP Protección S.A* en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante suscribió la solicitud de vinculación a ING, sin que mediara situación anómala o constreñimiento; de igual manera que los asesores de la AFP fueron diligentes al brindar información verbal a la accionante respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales.

Formuló como medios exceptivos los que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la *AFP Protección S.A.*, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de



ahorro individual del demandante en la administrador de fondos de pensiones *Protección S.A*, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 24 de octubre de 2019 declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a *Protección S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; autorizando efectuar el descuento del dinero que transfirió a la *AFP Porvenir* con ocasión del traslado de fondo solidario por la demandante del 1º de noviembre de 1998; condenó a *Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; declaró que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión indicó que de las pruebas aportadas se puede establecer que la demandante efectivamente estuvo vinculada y efectuó cotizaciones al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones* por el lapso comprendido entre el 4 de junio de 1985 y el 28 de febrero de 1998; posteriormente, se afilió a la entidad *Davivir* hoy *Protección S.A* el 1º de abril de 1998, para finalmente trasladarse entre administradoras a *Provenir S.A* el 1º de noviembre de 1998, hasta la fecha.

Por otra parte, que para la fecha del traslado no se le brindó la información necesaria sobre las implicaciones que tendría el cambio de régimen, más aún



cuando era beneficiaria del régimen de transición.

Además, el precedente ha establecido la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

Refiere que, si bien para la época del traslado no se exigía elaborar una proyección de la pensión, es claro que se le debía dar la información completa, suficiente, necesaria, sobre las características y condiciones de los regímenes pensionales, siendo factible manifestar a la demandante de dónde provenía el valor de la pensión y cuánto dinero debía ahorrar para obtener una pensión superior al salario mínimo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Colpensiones* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que en el presente evento caso no existió ningún tipo de vicio del consentimiento en el momento que la demandante decide de manera libre y voluntaria efectuar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a pesar que *Colpensiones* no conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron paso al traslado, lo cierto es que en el interrogatorio de parte que se rindió en audiencia se evidencia las contradicciones evidentes frente a lo manifestado en la demanda y en su respectiva subsanación, verbigracia cuando afirmó en el interrogatorio que era su intención trasladarse de cesantías mas no de régimen pensional, lo cual en manera alguna se aduce en la demanda.

Por otra parte, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y por lo tanto en estos casos se deberá declarar a lo sumo la existencia de un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

A su turno *Porvenir S.A* indica que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y bajo la observancia del Decreto 692 de 1994; que no es



de recibo que la accionante alegue no tener conciencia que estuviera afiliándose al régimen pensional, toda vez que verifico diversos traslados entre AFP.

En cuanto a los gastos de administración, solicita tener presente que fueron descontados por la AFP al tener sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 656 de 1994, en su artículo 39, lo cual se avala además en la Resolución 2549 del 22 de noviembre de 1994 de la Superintendencia Bancaria de Colombia, ahora Superintendencia Financiera de Colombia.

De igual manera, no es dable verificar devolución del seguro provisional, en atención a que se destinó a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, siendo asignados a una aseguradora la cual maneja el fondo desde que la demandante ingresó al Sistema General de Pensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

A su turno *Protección S.A* manifiesta que presenta recurso de apelación frente a la condena fulminada en su contra, toda vez que en la cuenta no obra capital alguno de la parte actora y los mismos fueron trasladados junto con sus rendimientos al momento del traslado con *Porvenir S.A.*, máxime que la comisión de administración se generó por ministerio de la ley, por lo que no es procedente su reintegro, de conformidad con el artículo 1726 del C.C.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.



c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó un reporte de SIAFP en el que consta que originalmente la demandante se trasladó el 18 de febrero de 1998 a ING, hoy *Protección S.A*, así como el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 30 de enero de 1998 (Fl 100), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las*



afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, a *contrario sensu* se limitó a indicar que un asesor de Davivir le ofreció el cambio del Fondo de Cesantías, y sin percatarse se trasladó de régimen pensional, sin que refiera en modo alguno haber recibido información por parte de la AFP. Ahora bien, dicha manifestación en manera alguna implica tener por acreditado el deber de información que le asistía a la AFP, lo que permite evidencia que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, al no haberse cumplido con la carga probatoria de la AFP, máxime que el deber que le incumbía, no se suple ni convalida por los traslados al interior del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta se debe indicar en lo tocante a la prescripción que tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las accionadas de las pretensiones demandatorias. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

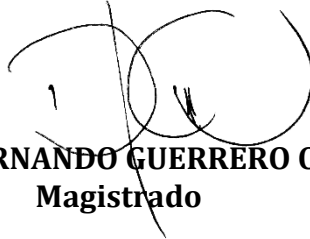
RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 27 2018 00339 01
Demandante: NILSA RUIZ GALICIA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Auto

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Andrés Zahir Carrillo Trujillo* identificada con C.C No 1.082.915.789 y T.P 267.746 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

Así mismo, con fundamento en el poder allegado por *Porvenir S.A*, se reconoce personería adjetiva para actuar en su representación al profesional del derecho a Yesenia Tabares Correa, identificada con C.C No 1.037.608.320 y T.P No 242.706 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Nilsa Ruiz Galicia*, formuló demanda en contra de *Porvenir S.A. y Colpensiones*, a efectos que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias del mismo; por consiguientes se traslade a *Colpensiones* todos los aportes y se condene a esta última a activar la afiliación de la demandante; se ordene el pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de septiembre de 1960; estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado, en ese entonces, por CAJANAL; que fue trasladada a la AFP *Porvenir S.A*, sin que le fuera brindada la información correspondiente a las ventajas y desventajas del traslado.

Refiere que el 25 de abril de 2018, solicitó mediante derecho de petición a la AFP *Porvenir S.A* copia de los documentos en los que consta la afiliación y la información brindada; el 20 de abril de 2018 radicó reclamación ante *Colpensiones*, entidad que el 2 de mayo de 2018 allegó la respuesta a su solicitud negando lo pedido; finalmente que el 4 de mayo de 2018 obtuvo la respuesta de la AFP, recibiendo una proyección de su mesada pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto la demandante estuvo afiliada a CAJANAL, por lo que aduce carece de legitimación en la causa por pasiva.



Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cumplirse a cabalidad con el deber de información.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de octubre del 2019, negó las pretensiones de la demanda formuladas por la actora y en consecuencia, absolvió a *Colpensiones* y a *Porvenir S.A* de todas la pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión manifestó que como premisas jurisprudenciales, se debían tener en cuenta las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Radicaciones Nos. 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 del 3 de septiembre 2014, SL17595 del 18 de octubre de 2017, SL19447 de 2017, SL1452 del 3 de abril de 2019, SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL1688 del 8 de mayo 2019; de igual manera se debe tener en cuenta el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, por medio del cual se suprimió la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal y se ordenó su liquidación.

Estimó que la demandante nació el 4 de septiembre de 1960 y el 23 de junio de 1997 la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo *Cajanal*



la anterior entidad administradora a la cual se encontraba afiliada, informando que nunca ha estado afiliada al Instituto de Seguros Sociales.

Aduce que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías *Porvenir S.A.* no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, y aun cuando se dan los presupuestos señalados en la línea jurisprudencial para declarar la ineficacia del traslado no es posible materializar la consecuencia que ese traslado conllevó, como quiera que de las premisas fácticas se evidencia que para el 23 de junio de 1997 la accionante no se encontraba afiliada al extinto Instituto de Seguros Sociales sino a Cajanal, y si bien no se desconoce que el Decreto 2196 de 2009, ordenó la liquidación de Cajanal y el traslado de todos sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que la accionante optó por afiliarse a una administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no al Instituto de Seguros Sociales, y por ende no existe una razón jurídica válida para que *Colpensiones* proceda a afiliarse a la demandante, máxime que no se planteó como pretensión principal de la demanda el definir qué entidad debe recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora formuló recurso de apelación en el que en suma indicó que el deber de información, que está inscrito en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, no fue satisfecho en el presente caso, de igual forma, que en las pretensiones de la demanda se solicitó declarar ineficaz o nulo el traslado, y que, en consecuencia, el capital que tenía al interior de su cuenta de ahorro individual en la *AFP Porvenir S.A* fuera trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuya entidad administradora actualmente es *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional, y en ese evento, si es dable disponer el retorno a *Colpensiones*, pese a no estar afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales, para cuando se verificó el traslado.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, inicialmente debe acotarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento



del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las*



AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 23 de junio de 1997 mediante el cual la hoy demandante se afilió a *Horizonte*, hoy *Porvenir S.A* (Fl. 130), si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo*



de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportó prueba alguna que acredite el cumplimiento del referido deber, lo cual implica la declaratoria de ineficacia del traslado, lo que además apareja como consecuencia, el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que



Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, basta indicar que aun cuando la demandante efectuó cotizaciones y estuvo vinculada a la *Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal*, antes de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cierto es que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al *Instituto de Seguro Social -ISS-*, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada *Colpensiones*, por ende y, en atención de la liquidación de esta última entidad y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto *Instituto de Seguros Sociales*, resulta procedente ordenar a la AFP efectuar el traslado de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, entidad que por demás es la que en la actualidad se encarga de la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Siendo del caso indicar que la decisión adoptada en modo alguno comporta una vulneración al derecho de defensa de *Colpensiones* como fuera indicado en primera instancia, ni aplicar las facultades *ultra y extra petita*, en la medida en que la referida entidad tuvo la oportunidad de presentar los argumentos y medios probatorios que estimara convenientes en su defensa, en el curso del presente proceso, aunado a ello que en la demanda se deprecó la ineficacia del traslado y el retorno el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que se haya requerido una pretensión dirigida a esclarecer qué entidad administraría el Régimen de Prima Media con Prestación



Definida en el caso de la actora, toda vez que, se reitera, por ministerio de la ley los afiliados de *Cajanal* pasaron al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, y por ende el retorno a *Colpensiones* es una consecuencia necesaria frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Finalmente, en lo atinente la excepción de prescripción estudiada en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las accionadas.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de octubre de 2018, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;



SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *NILSA RUIZ GALICIA*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 23 de junio de 1997, tramitado por *HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS* hoy *PORVENIR S.A.*

TERCERO: CONDENAR a la AFP *PORVENIR S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y todos los demás emolumentos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *NILSA RUIZ GALICIA*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105028 201700844 01
Demandante: SONIA DEL PILAR DELGADILLO
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Conforme al poder allegado por *Porvenir S.A*, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta al Doctor Fredy Quintero López, identificado con C.C No 79.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 26 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Sonia del Pilar Delgadillo* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A y Colfondos S.A*, a efectos que se declare que el traslado de régimen pensional es nulo o ineficaz, y por lo tanto, no produce efectos; en consecuencia, solicita se declare como válida la afiliación al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, a retrotraer los efectos de la afiliación, más el pago de las costas procesales y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 25 de julio de 1966, y desde el inicio de su vida laboral perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuando su última cotización en el mismo en el año 2000; que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en enero de 2001, y conforme con la proyección realizada por *Porvenir S.A*, aspira a una pensión equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente al arribar a los 57 años de edad, en tanto que el monto de la misma en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sería de \$2.000.000. Expone que solicitó la anulación de su afiliación, lo cual se desató de manera desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio* oponiéndose a las pretensiones en su contra, manifestando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP, sin que se haya acreditado error, fuerza o dolo.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

Por su parte, *Colfondos S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que en el traslado inicial a dicha entidad de le brindó a la promotora del litigio una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica.

A su turno, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, en la medida en que el traslado de la demandante no se realizó contra una prohibición



legal, al contrario, se cumplió con todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, fatal de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 26 de septiembre de 2019 declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de enero del 2001, y en consecuencia declaró como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas y las condenó en costas.

Como sustento de su decisión manifestó que la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha precisado que es obligación de las AFP, acreditar que brindaron a los afiliados la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado y las diferencias existentes entre ambos regímenes a efectos que pueda determinar la que más le conviene, e incluso desincentivar el traslado de no convenirle al afiliado.

Que en el plenario no hay prueba de que se le haya suministrado a la demandante la información atinente a las ventajas y desventajas del traslado, precisando que si bien obran los formularios de afiliación, estos no se constituyen en un medio idóneo para acreditar que se brindó la información clara, oportuna y veraz, lo que impele a declarar la nulidad del traslado y la devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A inconforme con la decisión del *a-quo*, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la demandante tenía conocimiento de las características de cada régimen, y aun así optó de manera libre y voluntaria por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; de otra parte, que se debe tener en cuenta que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se basa en la solidaridad, por lo que conceder el traslado contribuye a la desfinanciación del sistema pensional, máxime cuanto el traslado de la demandante desembocaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual la demandante no ha cotizado.

De igual manera solicita que no se tenga como indicio en su contra la falta de documentación de la información que se llevó a cabo con la demandante al momento del traslado, toda vez que el deber de información como lo exigió el *a-quo*, surgió con la expedición de la Ley 748 del 2008, la cual no tiene efectos retroactivos, por lo cual no se pueden endilgar obligaciones que para el momento del traslado no existían.

Por otra parte, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenado y La Nación funge como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.



c. Del caso en concreto

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado de régimen a *Colfondos S.A* del 17 de enero del 2001 (Fl. 160), así como el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 25 de enero del 2002 (Fl. 175), en los que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la



sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, adujo que se trasladó por cuanto se le aseveró que el entonces Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, sin que tampoco haya recibido información por parte de *Porvenir S.A.*

En ese orden de ideas, no milita en el expediente, medio de convicción alguno que acredite el cumplimiento del deber de información por las AFP accionadas, lo cual permite concluir que se debe declarar la ineficacia del traslado. Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no



«podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

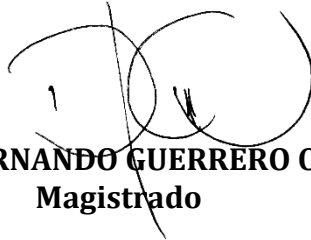


PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105028 201800170 01
Demandante: CRISTINA CASTRO GUZMÁN
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la Doctora Alidia del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 24 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Cristina Castro Guzmán* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A* a efectos que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 1º de junio de 1999, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado; se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen; se ordene a *Protección S.A* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y a *Colpensiones* a recibir a la demandante, procediendo a corregir y actualizar la historia laboral, declarando para todos los efectos que la demandante está válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el



6 de julio de 1982, se condene en costas y gastos a las demandadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 6 de noviembre de 1963, cumpliendo la edad mínima requerida en el 2020; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida al Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones* el 6 de julio de 1982, logrando cotizar un total de 633 semanas; que el 1° de junio de 1999 se trasladó a *Protección S.A*, cotizando en dicho régimen un total de 968 semanas; afirma que la AFP no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para pensionarse, si lo hizo sobre el año de gracia establecido en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del 2003; aduce que *Protección S.A* le indicó que el monto de su pensión sería de \$825.046; finalmente que el 9 de febrero del 2018 solicitó la nulidad del traslado a las accionadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que la presente acción no se origina en razón a la falta de información, sino que la inconformidad radica en el monto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, por lo que su actuar afecta, vulnera y sobrecarga el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para reclamar 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 buena fe.

Por su parte, *Protección S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria y se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de suscripción.



Propuso como medios exceptivos los que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a *Colmena* hoy *AFP Protección S.A.*, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 13 de abril de 1999, en consecuencia se declare como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Protección S.A* a trasladar los aportes, cotizaciones y bonos pensionales a *Colpensiones* sin deducción de intereses y gastos de administración, condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos ha precisado que es obligación de las AFP acreditar que brindaron a los afiliados la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado y las diferencias existentes entre ambos regímenes a efectos de que pueda determinar la que más le conviene e incluso, desincentivar el traslado de no convenirle al afiliado.

Que en el plenario no se aportó medio de convicción alguno que dé cuenta que se le haya suministrado a la demandante las ventajas y desventajas del traslado, precisando que si bien obra el formulario de afiliación, este no es un medio idóneo para acreditar que se brindó la correspondiente información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Protección S.A* presenta recurso de apelación en lo que atañe a la orden de reintegrar las cuotas de administración, pues si bien es cierto que se accionó la declaratoria de la nulidad y que el efecto jurídico es que todas las cosas vuelvan a su estado anterior, lo cierto es que las cuotas de administración están establecidos en la Ley 100 de 1993, y tienen como efecto cubrir los seguros previsionales y el funcionamiento de la AFP; además gracias a



la buena gestión de *Protección S.A* existieron rendimientos, y en ese orden de ideas si a la demandante le corresponden los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por simple restitución mutua le corresponden a *Protección S.A* los gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse



del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de*



asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que



acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colmena SIG* hoy *Protección S.A* del 13 de abril del 1999 (Fl 93), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, no se aportó un medio de convicción que acredite de manera fehaciente el cumplimiento del deber de información, motivo por el cual se debe declarar la ineficacia del traslado.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe



referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

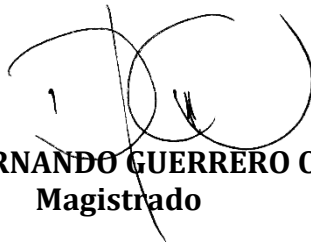
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 **29 2018 00611 01**
Demandantes: SARA ELCY PINEDA PUENTES
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Atendiendo al poder aportado por Porvenir S.A se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho JACQUELINNE RODRIGUEZ ROJAS, identificada con C.C No 52.230.797 y T.P No 305.950 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuesto por *Colfondos S.A* y a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Sara Elcy Pineda Puentes*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A*, para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la promotora del litigio a la AFP en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia se condene a *Colpensiones* a registrar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera realizado, a reconocer y pagar los intereses generados por la mora injustificada en la autorización de traslado, a que cancelen las sumas adeudadas debidamente actualizadas, más las cotas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Fundó sus pretensiones en que nació el 15 de mayo de 1965; comenzó a realizar cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en noviembre de 1989, efectuando aportes a CAJANAL hasta el 1° de enero de 1996, y posteriormente en el Instituto de Seguros Sociales.

Aduce que en el mes de enero de 1996, mientras laboraba en la Contraloría de Bogotá, fue abordada por asesores de *Colfondos S.A.*, quienes motivaron el traslado con un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, igualmente, le manifestaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que podría obtener una mesada superior en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, fue así como se trasladó a partir del 1° de noviembre de 1999.

Informa que el 5 de julio del 2018 solicitó a la AFP demandada la reconstrucción de su historia laboral y al comparar las simulaciones de las pensiones en ambos regímenes, logró corroborar que la mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería superior. Finalmente, que presentó derecho de petición a *Colpensiones*, solicitando el traslado de las cotizaciones desde la AFP *Colfondos S.A.*, no obstante, dicha entidad denegó su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, refiriendo no haber tenido injerencia en el traslado de régimen.

Propuso y sustentó las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica.

Colfondos S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado.

Como excepciones prestó las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para se merecedora de un traslado de régimen, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivo de un



tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica.

Con auto del 2 de mayo del 2019, la falladora de primera instancia dispuso la vinculación de *Porvenir S.A*, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existían presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar condena alguna en su contra.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 13 de septiembre de 2019 el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad de la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen pensional a *Colfondos S.A*, y en consecuencia para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen, permaneciendo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenando a *Colfondos S.A* reintegrar a *Colpensiones* todos los valores recibidos por motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno.

Para tal efecto señaló que al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrar el deber de información, y no le suministró a la actora las características propias de cada uno de los regímenes pensionales concretándolos a la situación fáctica y jurídica del afiliado, pues al accionante no se le explicó que la mesada pensional sería menor a la que devengaría en el ISS, hoy *Colpensiones*.

Agregó, que la única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación de la promotora de la litis, frente a la cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, en las últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha



condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la AFP *Colfondos S.A* interpuso recurso de apelación en el que en suma precisó que la vinculación efectuada por la demandante es un acto válido, en tanto inicialmente en 1996 se trasladó a *Colfondos S.A* y posteriormente se trasladó entre AFP del Régimen de Prima Media con Prestación Definida tras haber recibido la correspondiente información de las ventajas y desventajas, por ende, al imponer su firma en el formulario y trasladarse entre administradoras, ratificó su intención de vinculación.

Refiere se debe tener en cuenta que la accionante verificó reiterados traslados, lo cual da cuenta de la información impartida, máxime que en el interrogatorio de parte la demandante acepta que se trasladó de forma libre y voluntaria, trasladándose entre administradoras para mejorar los rendimientos, además que conocía que el monto de su mesada pensional dependía de los aportes y que podía acceder a la prestación económica de forma anticipada, máxime que es profesional del derecho y cuenta con conocimientos sobre la validez del contrato y podía comprender las consecuencias del traslado.

Por otra parte, indica que la jurisprudencia ha realizado un análisis histórico sobre el deber de información y no es dable exigir a la AFP cargas que no estaban erigidas para la fecha del traslado, reiterando que el hecho que no se cumplan las expectativas en un régimen determinado, no implica *per se* que el traslado resulta ineficaz, máxime que no ha solicitado su derecho pensional y por tanto aún no se ha determinado el monto de la mesada; señala que la demandante tuvo la oportunidad de recibir los correos electrónicos informativos de la entidad; por último, que no puede ser condenada al pago de primas de seguros y gastos de administración, al ser obligaciones de carácter legal, además las primas de seguros no se encuentran en poder de la AFP, sino de las correspondientes aseguradoras.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el



cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 5 de octubre de 1999 a *Colfondos S.A* (Fl 143), del 4 de diciembre del 2001 a *Horizonte hoy Porvenir S.A* (Fl 92), igualmente se constata con el reporte del SIAFP que el 14 de diciembre del 2001 retornó a *Colfondos S.A*



y que a *Porvenir S.A* el 31 de julio de 2002 (Fl 95), para afiliarse finalmente a *Colfondos S.A* el 27 de abril del 2015.

Ahora, aunque en los formularios de afiliación aportados se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin de tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, destacando que el hecho de que sea abogada de profesión, en modo alguno implica que *per se* conozca las consecuencias del traslado y en todo caso, no subsana el incumplimiento del deber de información que le incumbe a las AFP.

Del material probatorio es claro que no se acreditó que la actora haya recibido ilustración sobre aspectos tales como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019, en la que refirió:

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

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se



sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Respecto de la ratificación del acto invocando el artículo 898 del Código de Comercio, se precisa que el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen, y al no acreditarse por parte de las AFP que suministraran la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de sus actos, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Frente a la inconformidad en lo que tiene que ver con los gastos de administración y primas de aseguradoras, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aunado a que la aquí demandante ostenta la calidad de afiliada y por ende no afectó las primas por los riesgos de invalidez o sobrevivientes.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe acotarse que no procede la excepción de prescripción, pues tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso



ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00155 01
Demandante: VICTOR MANUEL MERCADO BELLIDO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la *Doctora Aida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 18 de septiembre del 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Víctor Manuel Mercado Bellido* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A*, a efectos que se declare la nulidad de la afiliación del demandante a la AFP demandada realizada el 22 de septiembre de 1997 y se declare válida y vigente la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

En consecuencia, se condene a *Colpensiones* a recibir al demandante como afiliado, a la AFP demandada a liberar de su base de datos al demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas



adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a *Colpensiones*; condenar a *Protección S.A* al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 23 de marzo de 1955 e inició su vida laboral el 15 de enero de 1974 con el empleador *Muebles Teresa y Cia Ltda.*; que se afilió al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, y se mantuvo hasta el 22 de septiembre de 1997, data en la cual se trasladó a la AFP *Protección S.A*.

Lo anterior, atendiendo a que en visita efectuada por un asesor de la AFP *Protección S.A* le fueron ofrecidos unos beneficios para que accediera al traslado, tales como que podía pensionarse a cualquier edad y que el *Instituto de Seguros Sociales* sería liquidado, pero no se le realizó una proyección respecto de la liquidación de la pensión y no se le informó el monto del capital que requería para obtener una pensión de renta vitalicia.

Refiere que en documento del 20 de septiembre del 2017 la AFP *Protección S.A* le proyectó la pensión al demandante en cuantía de \$1.051.076 a los 62 años, no obstante, el monto de la misma en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida asciende a \$2.561.050.

Aduce que el 10 de agosto del 2017 diligenció el formulario de afiliación a *Colpensiones*, pero dicha entidad denegó su solicitud mediante comunicación del 10 de agosto del 2017; que el 15 de septiembre del 2017 solicitó la nulidad del traslado, pero esta le fue denegada.

Asimismo, el 8 de agosto del 2017 el demandante presentó solicitud de nulidad a la AFP *Protección S.A*, pero la misma le fue denegada el 4 de septiembre del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra por cuanto la afiliación realizada por la demandante a la AFP tiene plena validez y legalidad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte, *Protección S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el contrato de afiliación celebrado con el demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en este mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad.

Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por *Protección S.A*, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 18 de septiembre del 2019 declaró nulo el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto *Instituto de Seguros Sociales* a *Protección S.A* elaborado el 22 de septiembre de 1997; declaró válidamente vinculado al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*; condenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, estos últimos de su propio patrimonio debidamente indexados y durante todo el tiempo que permaneció afiliado; ordenó a *Colpensiones* a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en la historia laboral y proceda de forma perentoria a estudiar el derecho pensional; declaró no probadas las excepciones planteadas por la accionada y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión refirió que si bien para la fecha en que se suscribió



la solicitud de afiliación el actor tenía plena capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones, la AFP no allegó ninguna prueba que acredite que efectivamente se le haya suministrado la información clara y precisa sobre las consecuencias de tal acto, toda vez que solo se aportó una reasesoría que da cuenta que al demandante le presentaron una proyección, la cual es, en todo caso, posterior a la fecha de traslado.

Luego, aunque la afiliación que generó el traslado tuvo su origen en un objeto y causa lícita, toda vez que el traslado de régimen pensional se encuentra amparado por el artículo 13 de la Ley 100 del año 1993 y no se evidencia un vicio del consentimiento por error o por fuerza, lo cierto es que el mismo si está afectado por el dolo al momento de aceptar el traslado y al momento de la reasesoría, ello en tanto no se suministró la información pertinente ni fue asesorado sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Protección S.A* formuló recurso de apelación en el que en suma indica si se acreditó que *Protección S.A* brindó la información suficiente, adecuada y oportuna al demandante, lo cual se desprende del formulario de reasesoría, en la que se especificó la fecha límite para traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que tenía el demandante, esto es el 22 de marzo de 2007; adicionalmente ha efectuado el acompañamiento de manera comprensible y adecuado.

Por otra parte en el escrito de la reasesoría se demostró cual era la mejor opción en la proyección y le demostraron que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida era la mejor opción que tenía en ese momento para poder solicitar con posterioridad una mesada pensional, se le especificaron las tasas de rentabilidad, sin embargo el demandante aplazó el traslado y con ello reafirma su voluntad de seguir afiliado a *Protección S.A*.

Finalmente, en relación a la condena impuesta a la devolución de los gastos de administración, que los mismos están regulados en la Ley 100 de 1993, aunado a ello que la afiliación le permitió al demandante tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, los cuales en ese



evento debería también retornar el actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre



escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del*



deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información



y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Protección S.A* del 22 de septiembre de 1997 (Fl 108), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna el accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, el demandante aludió que se trasladó porque para la fecha de suscripción del formulario un asesor le indicó que podría pensionar antes de la edad, iba a recibir una mejor pensión y podía retirar el dinero cuando quisiera pensionarse. Luego si bien acepta que recibió una reasesoría en el año 2006, manifestó que en ese momento lo que le dijeron era que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que por eso era mejor que se quedara en el fondo.

Es menester acotar que la reasesoría del año 2006 no permite evidenciar que para la fecha del traslado, acaecido en 1997, se haya suministrado la información que conllevaron al traslado de régimen, menos aún que la misma haya sido completa y transparente, informando de la ventajas y desventajas que implicaba dicha



decisión, más aún si no se tiene certeza de la motivación explicitada en la reasesoría que conllevó al actor a permanecer afiliado a *Porvenir S.A.*

En ese orden de ideas, se evidencia que se debe declarar la ineficacia del traslado al no haberse cumplido por la AFP el *onus probandi* de demostrar el cumplimiento del deber de información para la fecha del traslado.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de



manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por la AFP demandada en el recurso de alzada.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 38 2017 00698 01
Demandantes: MYRIAM RUTH GONZÁLEZ PARRA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por la AFP *Porvenir S.A* se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora Yesenia Tabares Correa identificada con C.C. No. 1.037.608.320 y T.P No. 242.706 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante *Myriam Ruth González Parra*, respecto de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Myriam Ruth González Parra*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 1º de enero de 1999 con la AFP *Porvenir S.A.*, por incumplimiento del deber de información, al ser inducida de manera equivocada a trasladarse; en consecuencia de lo anterior se declare que debe retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, se ordene trasladar a *Colpensiones* el valor de los aportes pensionales, rendimientos financieros y la devolución de cobros de administración, más las condenas *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que cotizó en diferentes empresas por más de 20 años, que el 1º de enero de 1999 encontrándose vinculada con el empleador *Fondo de Empleados Secreditos*, se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*, sin haber recibido la información clara, completa y oportuna por parte del asesor del Fondo que la recibió, al indicarle que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que desde la fecha de la afiliación ha estado gestionando ante *Porvenir S.A.* el traslado, por lo que radicó solicitud de traslado de régimen el día 31 de marzo de 2017 ante *Porvenir S.A.*, la cual fue negada por la entidad; finalmente, que la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lesiona su derecho a la libre escogencia, trasgrede el pleno consentimiento y la libre determinación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A., operó la *litis contestatio* señalando que la actora se trasladó de régimen el día 17 de noviembre de 1998 siendo efectivo el día 1º de enero de 1999 con *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.*, de forma libre y voluntaria, previa asesoría del agente comercial y con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época; que solo hasta el 31 de marzo de 2017 solicitó la anulación de la afiliación; se opuso a la totalidad de las pretensiones al indicar que el acto de traslado se realizó en virtud de la voluntad libre, espontánea y sin presiones, máxime que el acto jurídico de la afiliación cumple con los requisitos de ley para su validez; finalmente que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben permanente capacitación a fin de garantizar una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica

Por su parte, *Colpensiones*, se opuso a la totalidad de las pretensiones indicando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado de régimen pensional, señalando que para el caso en particular el



traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió los formularios para efectuar dicho traslado.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 9 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a *Colpensiones y Porvenir S.A.*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se trasladó válidamente a *Porvenir S.A* el día 17 de noviembre de 1998, recibiendo asesoría en dos momentos, el primero de manera grupal y el segundo de forma personal, sin que existiera constreñimiento o conducta que le obligará a suscribir el formulario de afiliación; indicando que en el escrito de demanda se manifestó que no se le realizó simulación pensional, contrario a lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte, y que su ingreso se triplicó en el año 2016, situación que para el momento en que se trasladó no podría prever el asesor quien le atendió, razón por la cual, la asesoría que recibió en dicha data se ajustaba a las necesidades del momento teniendo en cuenta su ingreso base de cotización, su edad y semanas.

Que conforme el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 no le es dable a los Fondos Privados rechazar las afiliaciones de las personas que cumplan los requerimientos de la solicitud de vinculación, y que de acuerdo con lo manifestado por la actora, su expectativa en caso de no pensionarse, era obtener una devolución de dineros, circunstancia que es viable en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación diferente a la indemnización que recibe en el Régimen de Prima Media en donde el monto es menor; en consecuencia, la actora si tenía conocimiento y no fue inducida a error como si se tratará de un engaño, por lo que no existe vicio del consentimiento; en cuanto a dolo y la fuerza, en virtud del principio de constitucionalidad de presunción de inocencia, le corresponde a quien aduce que se ha desplegado una conducta de esa naturaleza acreditarlo y que contrario a lo



manifestado por el órgano de cierre de la Jurisdicción, considera que el dolo y la fuerza no se presumen en este tipo de escenarios. Finalmente, era un hecho notorio que el *Instituto de Seguros Sociales* estaba una situación de crisis, razón por la cual, no fue alejada a la realidad la afirmación del asesor y en esa medida su afiliación no estuvo precedida de engaño.

III.- RECURSO DE APELACIÓN.

La parte actora *Myriam Ruth González Parra*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el sentenciador de primer grado dio por probado que la demandante al momento de suscribir el formulario se le dio la totalidad de la información y en virtud de la inversión de la carga de la prueba este hecho no fue acreditado por las demandadas; asimismo, la demandante al solicitar su vinculación al Fondo no tenía claras las implicaciones del traslado de régimen y no se le realizó una simulación pensional efectiva; finalmente, señala que el juzgador no tuvo en cuenta el criterio jurisprudencial pacífico y retirado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el art. 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.*, (Fl. 80) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 17 de noviembre de 1998, el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues contrario a lo considerado por el *a-quo*, la actora no confesó que se la haya hecho una simulación sobre su expectativa pensional real, con operaciones aritméticas, como se relata a minuto (CD 0:20:27) la demandante manifiesta que ella le suministró la información al



asesor respecto de su edad, semanas cotizadas y salario que percibía, y el asesor se limitó a decirle que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar y que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le era más beneficioso.

Lo anterior se ratifica con los testimonios rendidos por las señoras *María Garzón* y *María Alcira Herrada Jiménez*, (0:30:02), ex compañeras de trabajo, quienes manifestaron que estuvieron presentes para la época de los hechos y afirmaron que no se trasladaron de régimen por estar próxima a causar su derecho pensional y haber sido asesoradas previamente por parte de sus abogados, en ningún momento señalaron que su decisión fue producto de la asesoría recibida por parte del Fondo que les realizó la charla ese día. Asimismo, la restante prueba documental y publicaciones efectuadas en medios de comunicación por *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.*, (Fl 78 y 79), no dan cuenta que la AFP *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.*, haya acreditado de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

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

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

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de



ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las



primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

V.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de noviembre de 1998 con la AFP *Horizonte S.A.* hoy *Porvenir S.A.*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP *Porvenir S.A.*, trasladar la totalidad valores de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos, gastos de administración, y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,



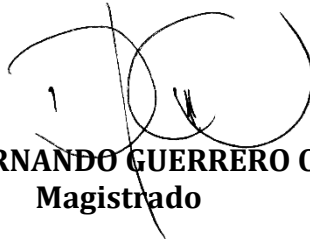
administrado por *Colpensiones*, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero.

CUARTO: CONDENAR a *Colpensiones* a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *Myriam Ruth González Parra*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 08 2014 00508 01
Demandante: JANETH PEÑA ROJAS Y MARÍA LUDIN QUINTERO DE JAIMES
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, respecto de la sentencia proferida el 27 de agosto del 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Janeth Peña Rojas* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos que se liquide y pague, en aplicación por condición más beneficiosa (Acuerdo 049 de 1990), el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora *Janeth Peña Rojas* en calidad de compañera permanente del causante *Gabriel Jaimés Vargas*; se ordene el correspondiente pago del retroactivo de las mesadas pensionales causadas y dejadas de cancelar por parte de *Colpensiones*; se ordene el pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que el señor *Gabriel Jaimés Vargas* falleció el 16 de noviembre del 2013, en un accidente cuando se encontraba en compañía de la demandante; se le reconoció la pensión de vejez el día 20 de agosto del 2005, a través de la Resolución No. 4197 de 2005 del entonces Instituto de Seguros Sociales. Aduce que, actuando en nombre propio el día 9 de diciembre de 2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y se acercó a *Colpensiones* a fin de solicitar la información referente a los documentos que debía radicar; así,



teniendo en cuenta lo informado, procedió a radicar la documentación requerida el 9 de diciembre del 2013; sin embargo, *Colpensiones* mediante la Resolución No 2013-8819304, negó la pensión de sobrevivientes, argumentando que no reunía los requisitos pensionales.

Refiere que inició la convivencia con el causante desde el 3 de enero del 2008, en el Lote 5 manzana 19 de la Vereda de Acapulco en la jurisdicción de Girón – Santander; aduce que dependía económicamente del causante y la pareja se dedicaba a los arreglos y quehaceres del bien inmueble donde vivían; agrega, que vivieron en Bucaramanga hasta febrero de 2009, cuando se trasladaron a la ciudad de Bogotá; conviviendo de forma ininterrumpida del 3 de enero del 2008 al 16 de noviembre del 2013, cuando falleció el causante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Con auto del 25 de septiembre del 2015, se tuvo por no contestada la demanda por parte de *Colpensiones* (Fl 33).

Asimismo, a través de auto del 31 de julio del 2017 se dispuso la acumulación del presente proceso, con el ordinario No. 6800131050 01 2015 00352 00 que fuera promovido por *María Ludin Quintero de Jaimes* contra *Colpensiones* y la hoy demandante, igualmente con miras a obtener el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante, con el reconocimiento de los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, el reajuste anual y las costas procesales.

Precisando en lo que respecta al referido proceso, que *Colpensiones* al dar contestación a la demanda se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante debía acreditar el tiempo de convivencia con el causante y desvirtuar la convivencia con la señora *Janeth Peña Rojas*, precisando que dicho conflicto debe ser definido por el Juez laboral.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 27 de agosto de 2019, absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada, en consonancia con la acumulación decretada, denominadas inexistencia del derecho y la obligación, así como cobro de lo no debido, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

Como sustento de su decisión, adujo que el señor *Gabriel Jaimes Vargas* falleció el 16 de noviembre del 2013, por lo que la legislación aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003; que en el caso en concreto, dentro de las documentales aportadas, se encuentra la copia del Registro Civil de Matrimonio celebrando entre el causante *Gabriel Jaimes Vargas* y la señora *María Ludin Quintero* el 14 de abril de 1968, con nota marginal de la separación decretada por medio de sentencia No. 0318 del 8 de noviembre del 2001, proferida por el Juzgado Cuarto de Familia, así como copias del formato de afiliación de Seguridad Social en Salud, en el cual se extrae que el causante afilió a la demandante *María Ludin Quintero de Jaimes* y a su hijo *Omar Jaimes Quintero* como beneficiarios del Sistema, precisando que convive con desde 1968, sin embargo, el referido formato no cuenta con fecha de expedición; copia de declaración extra juicio de los señores *Emilio Palomino López* y *Graciela Calderón de Palomino*, quienes manifiestan la convivencia de la señora *María Ludin Quintero* desde hace más de 42 años.

De igual manera hizo referencia al escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual la URI autoriza la entrega del cuerpo del causante a su hijo *Antonio Jaimes Vargas Quintero*; las documentales que acreditan los gastos fúnebres asumidos por el señor *Antonio Jaimes Quintero*; copia de la declaración juramentada de los señores *Emilio Palomino López* y *Graciela Calderón de Palomino*, resaltando que existen discrepancia en cuanto a la fecha del fallecimiento.

Asimismo, refirió las declaraciones rendidas por los testigos *Olga Díaz Pulido*, *Ciro Alfonso Jácome*, *María Marlene Angarita Lizarazo* y *Josefina Carvajal Ortiz*, concluyendo que la señora *María Ludin Quintero* contrajo nupcias con el causante el 14 de abril de 1968, con nota marginal de la separación mediante sentencia No. 0318 del 8 de noviembre de 2001 en el Juzgado Cuarto de Familia, liquidándose la sociedad conyugal, razón por la cual dentro del presente trámite no podía predicar su condición de cónyuge.



En lo que respecta a *Janeth Peña Rojas* aduce que en el escrito introductorio se refirió que inició la convivencia con el causante el 3 de enero del 2008, sin embargo de las documentales aportadas, específicamente, de la declaración jurada rendida por el causante, se desprende que indicó que hacía cuatro años convivía con la accionante, aclarando que la fecha de la declaración fue el 1° de febrero del 2013, es decir que la presunta convivencia entre ellos conforme lo que se indica allí, lo sería desde el 1° de febrero del 2009, por lo cual resulta inferior a cinco (5) años, hasta la fecha del deceso.

Finalmente, estimó que no es de recibo acreditar la convivencia, cuando la señora *Janeth Peña Rojas* no asistió, según se acreditó, al sepelio del causante, motivo por el cual absolvió de todas las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la señora *Janeth Peña Rojas*, interpone recurso de apelación, señalando que frente a las declaraciones juramentadas aquellas se radicaron frente a una indebida asesoría por parte de *Colpensiones*, toda vez que le informaron que las declaraciones deberían ser rendidas por personas que le conste la convivencia del último domicilio, esto es, la ciudad de Bogotá, por tal razón realizó las declaraciones con personas que les conste la convivencia únicamente en dicha ciudad, pese a lo anterior, no se tuvo en cuenta que incluso las declaraciones señalan que la convivencia perduró por más de 4 años.

Frente al testimonio rendido por el señor *Ciro Alfonso*, que sí le constan la convivencia desde el año 2008, como lo narró en su declaración, en tanto vivió como inquilino, para esa época en el Departamento de Santander, y posteriormente en el año 2009 se radicaron en la ciudad de Bogotá; de igual manera la testigo *Olga Díaz Pulido*, no puede dar cuenta de lo acaecido antes del año 2010, fecha en que refiere conoció a las accionantes.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la señora *Janeth Peña Rojas*, se corroboró que la convivencia empezó en el Departamento de Santander desde el año 2008, acreditando así los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

A su turno, la señora *María Ludin Quintero* presenta recurso de apelación en el que



aduce que se encuentra probada dentro del proceso la convivencia con el causante, en tanto cuando el causante, señor *Gabriel Jaimes Vargas*, solicitó reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el mes de abril del 2003, allegó al *Instituto de Seguros Sociales* la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y la información laboral, en las que manifiesta que su compañera permanente es la señora *María Ludin Quintero*, lo cual también se extrae del oficio de fecha 6 de enero del 2011, en el que donde el causante le solicita al extinto *Instituto de Seguros Sociales*, que se reconozcan el incremento pensional, al tener a su cargo a la señora *María Ludin Quintero* en calidad de compañera permanente.

Por otra parte, en la prueba testimonial se dio fe que efectivamente dentro de los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante, existió una convivencia en unión marital de hecho con la señora *María Ludin Quintero*, misma que se mantuvo hasta la fecha del deceso.

Finalmente, solicitó de manera subsidiaria se acceda a la prestación económica, bajo el entendido que el vínculo matrimonial perduró hasta el día 8 de noviembre del 2001, por espacio superior a 5 años, los cuales pueden acreditarse en cualquier tiempo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si las demandantes *María Ludin Quintero de Jaimes* y *Janeth Peña Rojas*, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante *Gabriel Jaimes Vargas*.

c. De la calidad de pensionado del causante:



Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor *Gabriel Jaimes Vargas*, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución No. 4197 de 2005, en cuantía de \$1.419.967 (Fls. 14-15) y que falleció el 16 de noviembre del 2013 (Fl 10).

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional

Teniendo en cuenta que el deceso del causante data del 16 de noviembre del 2013 (Fl 10), es patente que el derecho pensional deprecado debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.



En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL- 1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, 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”.

De otra parte, juzga conveniente esta Sala, reiterar que en tratándose de cónyuge con vínculo matrimonial vigente, esta podrá acreditar los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, criterio recientemente reiterado en sentencia SL2010-2019, en la cual se indicó:

“En torno a los alcances de dicha disposición, esta Sala de la Corte ha precisado que, en su conjunto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 le dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y que, en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar un compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco (5) años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo. (Ver CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, reiterada en las sentencias CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 40995, CSJ SL704-2013, CSJ SL13276-2014, CSJ SL12218-2015, CSJ SL6519-2017 y CSJ SL1399-2018, entre muchas otras).

No obstante lo anterior, imperioso es recordar que tal interpretación normativa fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fundamentándose en que tal derecho deviene por cuanto el o la cónyuge ayudó a las construcción del derecho pensional, así en sentencia con Radicación 41637 del 31 de enero de 2012, se indicó:

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.



“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.” (Subrayado fuera de texto)

Finalmente se tiene que, en reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adoctrino que aun cuando el matrimonio haya sido disuelto, el o la cónyuge tendría derecho al reconocimiento pensional, cuando quiera que se acredite que la comunidad de vida y apoyo mutuo se extendió, incluso después de la liquidación de la sociedad. Así en sentencia SL-5141 del 2019 puntualizó:

“En torno a la discusión jurídica planteada por la recurrente, conviene precisar que esta Sala ha indicado que a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de la convivencia, el juzgador debe, en cada caso, analizar la vigencia del vínculo marital o conyugal y sus particularidades (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018), entendido este, más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue (matrimonial, unión marital, sociedad conyugal, sociedad patrimonial, etc.), o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, «en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares», pues lo que a efectos de la protección del derecho de la seguridad social incumbe, es demostrar si entre la pareja perduraron esos «lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja» (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018).

“Por lo indicado, en casos de cónyuges «separados de hecho» o incluso «con sociedad conyugal liquidada» (CSJ SL, 25 abr. 2018, rad. 45779), esta sala ha precisado que no resulta relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia adopte la unión de la pareja, pues se itera, lo que quiso amparar el legislador, de cara a la prestación pensional de sobrevivientes, es la perdurabilidad, de manera patente, de la «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605; SL7299-2015; SL1399-2018); además de concederle una protección al cónyuge supérstite que «entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión [y] se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba» (sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637), ello precisamente, en virtud del principio de solidaridad del que es partícipe el derecho a la seguridad social.

“Tal postura toma más fuerza si con posterioridad a la separación o a la liquidación de la sociedad conyugal, además de persistir esa comunidad de vida, no existió una convivencia simultánea con otro compañero permanente, y si



quien invoca la concesión de la prestación se ve desprovista de todo sustento ante del fallecimiento pensionado. En sentencia CSJ SL 1399-2018, esta Sala coligió (...)

“(i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.”

Criterio este que ha mantenido nuestra corporación de cierre en recientes pronunciamientos como las sentencias SL-2862 del 2020 y SL-1869 del 2020, esta última en la cual se indicó:

“En efecto, según jurisprudencia de esta Sala, el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. Criterio expuesto, entre otras, en sentencia CSJ SL2232-2019, en la que se rememora la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, que adoctrinó:

“El texto del artículo 13, literal b) inciso tercero de Ley 797 de 2003, que la recurrente denuncia como interpretada erróneamente es del siguiente tenor:

“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existía la sociedad conyugal vigente”.



“Varios supuestos normativos contienen tal preceptiva, diferenciando la existencia de una convivencia simultánea, bajo el supuesto de que exista, en todo caso un tercero en la disputa pensional, sea este, compañera (o) permanente o la (el) cónyuge.

“En efecto, bajo el entendimiento que le otorgó la sentencia C-1035 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada de la primera frase, si en los últimos 5 años antes del fallecimiento, la compañera (o) la (el) cónyuge mantuvieron una comunidad de vida, la pensión debe ser dividida entre aquellos, en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

“Asimismo, cuando no se halla presente la pluricitada convivencia simultánea, pero el causante mantuvo una unión conyugal, precedida de una separación de hecho, la disposición expresamente consagra que es viable la reclamación de una cuota parte de la pensión por parte de la compañera (o) permanente, siempre que hubiere convivido con el causante por un lapso superior a 5 años, antes de su deceso, pero deja a salvo la cuota parte restante al cónyuge con quien existía una sociedad vigente.

“Ciertamente es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente superviviente acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento de esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado o afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

“Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

*“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudar, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, **pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.***



c. Del caso en concreto

En el *sub-lite*, la señora *María Ludin Quintero de Jaimes* reclama el derecho a la sustitución pensional del causante, aseverando como fundamento de su *petitum* que contrajo nupcias con el causante el 14 de abril de 1968, procrearon siete (7) hijos, y pese a su divorcio, convivieron hasta la data del deceso desde diciembre del 2001.

A su turno, la señora *Janeth Peña Rojas*, anhela el reconocimiento pensional, aduciendo como sustento fáctico que convivió con el causante desde el 3 de enero del 2008 hasta la data de su deceso.

Así las cosas, en aras de desatar la litis, procedió a analizar la Corporación los medios probatorios allegados al plenario, corroborando en lo tocante a la señora *María Ludin Quintero de Jaimes*, que el causante contrajo nupcias con la promotora del litigio el 14 de abril de 1968 (Fl 9), sin embargo, se decretó el divorcio mediante sentencia No. 0318 de noviembre del 2001 (Fls 10-12).

En lo que comporta a la convivencia, se aportó un derecho de petición elevado por el causante ante el entonces *Instituto de Seguros Sociales* el 6 de enero del 2011, en el que deprecaba se acceda a concederle un incremento pensional respecto de su cónyuge *María Ludin Quintero de Jaimes (Fl 15)*, así como las declaraciones extrajuicio de los señores *Emilio Palomino López* y *Graciela Calderón de Palomino* del 5 de enero del 2011, quienes dan cuenta de una convivencia durante un espacio de 42 años (Fl 21); así como una declaración rendida por el 11 de diciembre del 2013, en la que dan fe de conocer a la demandante hace 30 años y por lo tanto les consta la convivencia de la pareja desde hace 45 años en el barrio Santa Cruz de Girón (Fl 26).

Igualmente, fueron escuchadas las declaraciones de los testigos *María Melania Angarita Lizarazo* y *Josefina Carvajal Ortiz*, quienes refieren que conocieron a la pareja en el barrio de Santa Cruz en Girón, por lo que les consta que convivieron hasta el deceso del causante; además que era la señora *María Ludin Quintero* su beneficiaria en salud.

No obstante, en efecto existen sendas contradicciones en sus dicho, pues la testigo *María Melania Angarita Lizarazo* si bien refiere inicialmente que era vecina de la pareja y por ello le constaba que habían convivido hasta el año del deceso, pues los



visitaba de forma continua y aunque a veces no observaba al causante era por un par de días, después aduce que la última vez que lo vio fue para el mes de marzo del 2009, anualidad en la cual se fue a vivir al Consuelo; luego, cuando se le indaga por la contradicción aduce que realmente después de 2009 lo observaba, inicialmente aduciendo que todos los días cuando visitaba a la demandante, y posteriormente señalando que de manera esporádica. A su turno, la testigo *Josefina Carvajal Ortiz* expone que siempre observó al causante en la vivienda, incluso en el mes en que acaeció el deceso; con todo, se contradice en tanto afirma que el causante falleció en Flandes Tolima, luego resulta incongruente que aduzca que lo vio en la casa de la señora *María Ludin Quintero* para la época del deceso, señalando además que el causante no viajaba.

Ahora, en lo que respecta a la convivencia del causante con la señora *Janeth Peña Rojas*, a más de obrar un certificado de afiliación a Seguridad Social en Salud de la señora *Janeth Peña Rojas*, para el 2 de julio del 2009 (Fl 17), reposa una declaración extra proceso del 1° de febrero del 2013, suscrita por la pareja en la que indican que conviven hace 4 años y se precisa que residen en la ciudad de Bogotá en la Carrera 5° Este No 31-37 (Fl 16).

De otra parte, se constata que la señora *Janeth Peña Rojas* en el interrogatorio de parte admite que se encontraba con el causante al momento de su deceso en la ciudad de Flandes; e indica que ella llamó a una hija del causante y a la funeraria, no obstante, luego refiere no conocer en donde se realizaron las exequias, por cuanto no acudió al funeral, pues este se llevó a cabo en Bucaramanga.

En lo que a esta relación atañe, fueron escuchadas las declaraciones de los testigos *Olga Lucia Díaz Pulido* y *Ciro Alfonso Jácome López*, quienes indican que les consta que el causante convivió con la señora *Janeth Peña Rojas* hasta la fecha de su deceso y que ella era su beneficiaria en salud. Precisa *Olga Lucia Díaz Pulido* que le consta que la pareja convivió desde el año 2010 con las hermanas de la actora en Las Columnas, y se veían 2 o 3 veces al mes por lo que le consta que eran pareja. A su turno *Ciro Alfonso Jácome López*, alude que el causante convivía con la señora *Peña Rojas* en el barrio Acapulco en Girón, donde el padre de la accionante aproximadamente durante un año y posteriormente en el 2009 se radicaron en Bogotá, pero en esta ciudad no los visitó, sin que precise con claridad la data exacta en que inició la convivencia de la pareja como lo alude el recurrente en la alzada.



Ahora, advierte la Sala que pese a que los testigos de ambas demandantes afirmaron que cada una de estas era la beneficiaria en salud del finado La Nueva EPS certificó en este proceso que el señor *Jaimes Vargas* para la data de su fallecimiento era cotizante sin beneficiarios, destacando que tuvo afiliada como beneficiaria en salud a la señora *Janeth Peña Rojas* del 19 de julio del 2010 al 17 de diciembre del mismo año y del 27 de febrero al 15 de noviembre del 2013; así mismo tuvo como beneficiaria en salud a la señora *María Ludin Quintero* por los interregnos de tiempo del 19 de diciembre del 2010 al 19 de septiembre del 2011 y del 16 de enero al 18 de febrero del 2013 (Fl 100).

Destacando que también se alude en la mentada comunicación que ambas estuvieron afiliadas como sus beneficiarias del 28 de septiembre al 19 de septiembre del 2011, última data que no puede ser tenida en cuenta, no solo porque la fecha de inclusión es posterior a la de exclusión, sino además porque es imposible que las dos fueran sus beneficiarias para la misma data.

Efectuadas las anteriores precisiones, encuentra la Sala en lo que respecta a la señora *Janeth Peña Rojas* que si bien existe prueba de que convivió con el finado, hasta la data de su deceso, no se puede corroborar en forma alguna que esta haya sido por espacio de 5 años, pues la declaración extrajuicio suscrita por el causante y la actora, da cuenta de 4 años de convivencia para el mes de febrero del 2013, siendo que el deceso acaeció en noviembre de esta misma anualidad; sumado a lo anterior, el testigo *Ciro Alfonso Jácome López* si bien alude que la pareja convivió en Girón, no especifica la fecha clara y precisa en que inició la convivencia y, *Olga Lucia Díaz Pulido* apenas da cuenta del tiempo en que convivió la pareja desde el año 2010, destacando que aunque el causante la tuvo afiliada en salud la primera afiliación fue para el 19 de julio del 2010.

Luego le asiste la razón al *a-quo* al referir que no acredita los 5 años de convivencia exigidos por la norma.

De otra parte, en lo que respecta a la señora *María Ludin Quintero de Jaimes*, aunque no desconoce la Sala que en algún momento mantuvo la calidad de cónyuge del finado, lo cierto es que la relación marital se extendió del 14 de abril de 1968 al 8 de noviembre del 2001, cuando mediante sentencia judicial se decretó el divorcio con



cesación de efectos civiles, por mutuo acuerdo entre las partes. Sin que exista evidencia sólida suficiente que nos permita entrever que pese dicha situación, la pareja continuó con su relación hasta el deceso del causante, en tanto los testimonios rendidos por las señoras *María Melania Angarita Lizarazo* y *Josefina Carvajal Ortiz*, como las declaraciones extrajuicio de folios 21 y 26, no generan mayor credibilidad a la Sala respecto a la convivencia ininterrumpida que aluden se generó hasta su deceso, pues se avizoran serias contradicciones en su dicho, a más de claras inconsistencias de cara a lo probado a lo largo de este juicio. Ello es así, pues *María Melania Angarita Lizarazo* refiere primero que solo vio al demandante hasta el año 2009 y luego que realmente lo vio hasta el deceso. Aunado a ello, ambas testigos refieren que el finado siempre estaba en la casa de la accionante y que nunca viajaba, lo que no corresponde con los demás medios probatorio, pues aunque no exista certeza de los interregnos de tiempo en los que estuvo en Bogotá, es claro que convivió con la señora *Janeth Peña Rojas* en Bogotá, por lo menos, por espacio de 4 años, según se tiene de la propia declaración extrajuicio rendida por el causante; además falleció en la ciudad de Flandes (Tolima), luego es imposible que lo hayan visto en la casa de la accionante hasta el año 2013. A más que tampoco pueden referir que la pareja siempre convivió de forma ininterrumpida, cuando está plenamente acreditado que se divorciaron en el año 2001, luego si bien pudieron reiniciar la convivencia, no hay evidencia alguna de la data en la que esto pudo acaecer, ni hasta cuando se extendió, por la misma imprecisión en las declaraciones rendidas.

Implica lo precedente que la señora *María Ludin Quintero Jaimes*, tampoco acreditó su calidad de beneficiaria, pues se itera, no puede tenerse como cónyuge con vínculo matrimonial vigente separada de hecho, en la medida en que medió un divorcio en 2001 y tampoco se puede dar por sentada la calidad de compañera supérstite por espacio de 5 años luego del divorcio, habida cuenta que tampoco acreditó de forma contundente dicha relación, ni sus extremos.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las accionadas de las pretensiones demandatorias. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105012 201500263 02
Demandante: SANITAS EPS
Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Sanitas E.P.S.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *La Nación Ministerio de Salud y de la Protección S.A.*, respecto de la sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La *EPS Sanitas* y *Colsanitas* formularon demanda ordinaria laboral en contra de *La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social* a efectos de que se declare administrativa, extracontractual y solidariamente responsable a *La Nación Ministerio de Salud y Protección Social* por los perjuicios materiales causados a las entidades accionantes, con ocasión de la falta de reconocimiento y pago de las ochenta y tres (83) solicitudes de recobro, correspondientes al suministro y/o provisión efectiva del servicio de traslados (aéreo, terrestre y fluvial – ambulancia), medicamentos NO POS, hoy PBS, y aplicación de medicamentos denominados Infiximab, Abataceptno, Mebthera, Lucentis, Bevacizumab y Trastuzumab, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, no costeados por las Unidades de Pago por Captación – UPC, de manera que están a cargo de la Subcuenta de Compensación del Fosyga, los cuales fueron efectivamente cubiertos en su momento por la *EPS Sanitas* a favor de afiliados y beneficiarios, cuyos respectivos recobros fueron glosados.



Como consecuencia de lo anterior solicita se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales así: por la suma de \$57.928.257 cancelados en su momento por las demandantes a diferentes IPS del país correspondientes al suministro y/o provisión efectiva de *traslados y medicamentos*, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS y, por consiguiente, no costeados por la Unidad de Pago por Capitación -UPC, como resultado del cubrimiento y abastecimiento efectivo del mismo por la *EPS Sanitas y Colsanitas S.A* en favor de los afiliados y beneficiarios, y a los cuales se refieren los ochenta y tres (83) recobros objeto de reclamación, los cuales se discriminan así:

- *Colsanitas* (en calidad de cesionaria): TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$38.591.631).
- *EPS Sanitas*: DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$19.336.626).
- La suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$5.792.825). De los cuales a favor de *Colsanitas* se reclaman TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SIEN TO SESENTA Y TRES PESOS (\$3.859.163), y a favor de la *EPS Sanitas* la suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$1.993.662).

Asimismo, solicita el pago de los intereses que resulten probados sobre el capital desde la fecha en que se hace exigible la obligación hasta cuando se dicte la sentencia; se ordene la indexación de las sumas adeudadas, más el pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la *EPS Sanitas* cubrió el suministro o la provisión de los servicios, tratamientos, equipos y medicamentos no contemplados en el POS al momento de la prestación del servicio, y por ende no costeados por la Unidad de Pago por Capitación UPC, cuyo suministró operó como consecuencia de órdenes judiciales de tutela o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico a favor de los usuarios que se relacionan en la base de datos anexa.



Así las cosas en aras de atender dichas órdenes judiciales las hoy demandadas autorizaron el suministro de medicamentos con algunas de las IPS de su red prestadora o autorizó al prestador ordenado por el juez; una vez suministrado el servicio la IPS autorizada radicó ante la *EPS Sanitas* la correspondiente factura de venta de servicios.

Luego de realizar los pagos a las respectivas IPS, la *EPS Sanitas* procedió a radicar las correspondientes solicitudes de recobro ante el consorcio administrador en representación del *Ministerio de Salud y Protección Social*, mediante el diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el Ministerio MYT01 y MYT02, las cuales fueron glosadas y devueltas a la EPS por distintas razones.

Por lo anterior, procedió a la EPS a reelaborar las solicitudes de recobro, previa corrección de algunos defectos o insuficiencias motivo de algunas glosas y/o la acreditación de las fallas en que habría incurrido la auditoría al rechazar algunas, y procedió a radicarlas de nuevo, mediante el diligenciamiento del Formato MYT 04, por los servicios prestados a los usuarios entre febrero de 2008 y marzo del 2012, pero ninguna de estas solicitudes fue atendida y el Consorcio Fidufosyga 2005 las glosó, 48 correspondientes a *Colsanitas* y 35 a la *EPS Sanitas*. Precizando que el valor de estos cobros glosados asciende a la suma de \$57.928.257.

Finalmente, precisa que las sumas de dinero involucradas en la demanda que a título de cesión de derechos de crédito fue cedida por la *EPS Sanitas* a *Colsanitas* se encuentra contenida en el anexo 1 que forma parte de los contratos de cesión de derechos.

Ahora bien, se debe precisar que la demanda fue inicialmente radicada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no obstante, el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad resolvió remitirlo por competencia a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá; a su turno el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá con auto del 16 de abril del 2015, rechaza el proceso por falta de competencia y suscita el conflicto negativo de competencia (Fl 72), el que fue desatado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria mediante proveído del 22 de julio del 2015, en el decide que la competencia para definir la presente litis recae en la jurisdicción ordinaria laboral.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que carecen de fundamento constitucional y legal, por cuanto el reconocimiento de la UPC a la EPS se realiza a través del proceso de compensación en el Régimen Contributivo y del giró directo por concepto de Liquidación Mensual de Afiliados LAM, por manera que la garantía del acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios, tecnologías y medicamentos incluidos en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, le competen a la EPS.

Propuso y sustentó como excepción previa la que denominó falta de integración le *litis consorcio* necesario y como de fondo las que denominó culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de intereses moratorios y ausencia de prueba del daño que se demandada reparar – inexistencia del daño.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de septiembre del 2019 decidió condenar a *La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social*, hoy por efectos de subrogación legal a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, a pagar a la *EPS Sanitas* la suma de \$10.031.778, por concepto de prestación de servicios NO POS contenidos en 20 recobros, sumas que deben ser debidamente indexadas al momento de su pago y absolvió al ADRES de las demás súplicas incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión manifestó que los 83 recobros estimados en la suma de \$57,928,257, esencialmente hacen relación a servicios asistenciales, especializados en traslados, servicios de nebulización, transporte criogénico, administración farmacéutica, ajustes de dispensación de medicamentos y aplicación de algunos de ellos, tales como Abatacept, infliximab, Bevacizumab, Trastuzumab, Lucentis, así como algunos otros dispensaciones o traslados no interinstitucionales.



Aduce que algunos de los servicios prestados se dieron entre los años 2008 y 2012. Sin embargo, la interrupción de la prescripción se da por una sola vez a partir de la radicación de los formatos MTY, MYT1 y 2 para cualquier efecto.

Asimismo, refiere que ante los recobros se presentaron las glosas 403, 103 y 603, las cuales radican en que los valores objeto de recobro ya han sido canceladas al FOSYGA con cargo al POS o Plan de Beneficios, teniendo en cuenta los servicios de los años 2010 y 2012. Por tanto, los umbrales de la prestación de dichos servicios estarían regidos por el Acuerdo 08 de 2009 y el Acuerdo 029 de 2011, ambos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud CRES.

Así las cosas, de la prestación de servicios en primer lugar de los que se prestaron entre los años 2008 a 2011, que equivalen a 72 de los 83 registros, existen servicios efectivamente NO POS, no obstante algunos sí están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, bajo ese entendido 34 registros corresponde a (i) traslados en ambulancia no interinstitucional; (ii) ajuste, dispensación, administración y atención farmacéutica; (iii) administración farmacéutica; (iv) manejo y aplicación de medicamento; y (v) atención farmacéutica, que están identificados con los recobros.

En esos 34 recobros de acuerdo al peritaje que se aportó por parte de la empresa *AGS Colombia Gerencia de Proyectos*, no se encuentra o no se puede identificar cuál es el tipo de medicamento o suministro que fue utilizado en la atención; los que tienen que ver con el ajuste, dispensación, administración y atención farmacéutica, en el manejo, aplicación de medicamentos, fue posible su integración o su exclusión en el POS.

De otra parte, el recobro 23 99 0590 a pesar de que es un traslado en ambulancia no interinstitucional, dentro del catálogo no se especificó cual fue el tipo o modalidad de este desplazamiento, razón por la cual, de esos 34 recobros se tuvo la exclusión vía POS. En lo que tiene que ver con el periodo 2012 este será observado pues a la luz de la regla del Acuerdo 029, esto es, que los servicios asistenciales cumplieron los presupuestos y tuvieron los traslados específicos y cumplen los presupuestos para considerarse como tratamiento NO POS.

Refiere que se aparta del peritaje en lo tocante a dos recobros que se tiene son



efectivamente trasladados que cumplen los presupuestos del Acuerdo 8 de 2009 y del Acuerdo 29 del 2011, ello son los recobros 39 99 3 006 y 25 22 77 92 que fueron incluidos como parte de la gama de lo cobrable, es decir tratamientos no incluidos en el POS.

Luego incluye el Despacho como servicios no POS 49 de los 84 registros, por valor de \$36,782,789. Procediendo a realizar un análisis del fenómeno jurídico de la prescripción, conforme lo dispuesto en el Artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Estimó que los recobros se derivan de la aplicación del Decreto 019 del 2012, en cuyo artículo 122, se consagra este tipo de controversias, otorgando la oportunidad de generar recobros siempre y cuando no haya transcurrido el término de reparación directa de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cual debe acatarse en tanto si bien la Jurisdicción Ordinaria Laboral es la competente, no implica ese hecho que se sustraiga de la aplicación de la ley específica sobre la materia.

De tal manera que, dentro del umbral y teniendo como fecha de referencia la de presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que lo fue el día 11 de abril del año 2014, se tiene que en los dos años de exigibilidad se incluyen una totalidad de 20 recobros. Quedando no prescritos los recobros, números 4, 09408, 75856, 27792, 27940, 27941, 76760, 76761, 78762, 43116, 05473, 99658, 44877, 00264, 00387, 99633, 02094, 39179 por valor de \$10.031.778, los que serán objeto de condena a la ADRES debidamente indexados.

Finalmente, absolvió del pago del 10% de los gastos administrativos e intereses moratorios, en tanto solo con la sentencia se determina si los recobros correspondían efectivamente a eventos NO POS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la *EPS Sanitas* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que en lo tocante a la prescripción no se puede aplicar el artículo 122 del Decreto 019 del 2012, por cuanto estipula un trámite administrativo, por lo cual se debe dar aplicación al artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.



De igual manera refiere que si bien la Sala Jurisdiccional Disciplinaria dirimió el conflicto negativo de competencias, asignándolo a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, ello implica que se deban apliquen todas las normas de la jurisdicción en la cual se dirima la litis, esto es, en materia de prescripción el C.P.T y de la S.S, lo cual además así ha sido considerado en la sentencia S.L. 4439 del 22 de marzo del 2017.

De igual manera que la norma que tuvo en cuenta el *a-quo* trata sobre el procedimiento para el saneamiento de cuentas por recobros, y por ende rige el trámite administrativo entre las EPS y el Ministerio de la Protección Social, mas en manera alguna consagra un término prescriptivo, lo cual además se corrobora en tanto para el momento en que se inició el trámite con el *Ministerio de Salud y Protección Social*, no estaba vigente el Decreto 019 de 2012.

Por otro lado, solicita acceder al pago de los intereses moratorios, toda vez que se debe tener en cuenta que existe incumplimiento del plazo previsto para el pago que debía hacer la ADRES, al imponer una glosa que no fue justificada, lo cual implica una carga administrativa y económica que no tiene que soportar, lo cual también se predica del 10% de los gastos administrativos, en los cuales incurrió al tener que poner en marcha las auditorías, pagar peritajes y los gastos del proceso judicial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse en el grado jurisdiccional de consulta si La Nación debe ser condenada al pago de los \$10.031.778 por



concepto de prestación de servicios NO POS contenidos en los 20 recobros establecidos en el fallo de primera instancia.

Asimismo, con ocasión del recurso de apelación formulado por la accionada, se debe determinar si el *a-quo* erró al efectuar el estudio del fenómeno de prescripción, y en tal virtud, hay lugar a fulminar una condena más alta a la pasiva; adicionalmente si la convocada a juicio debe asumir el pago de los intereses moratorios y los gastos de administración anhelados por la promotora del litigio.

c. Del recobro de servicios NO POS:

Sabido es que por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (Art. 48 C.P).

Asimismo, sabido es que la H. Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, sí bien la Ley 100 de 1993 al encargarse del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, se encargó de puntualizar que los afiliados al sistema (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozaban de un régimen de beneficios, enmarco dichos beneficios dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, a partir del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.



Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados LAM, para el caso de los afiliados al régimen subsidiado.

No obstante lo anterior, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela empezó a brindar la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos de un ciudadano. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios NO POS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos, fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS que



fueren autorizados por los Comités Técnico Científicos, y mediante la Resolución 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios NO POS; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente las Resoluciones 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA y la 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación e los recobros, la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la ley 1281 del 2002 en su artículo 7° se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

“[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.



“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fija el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a establecer si en el *sub-lite* hay lugar a ordenar el pago de los recobros anhelados por la EPS demandante.

d. Del caso en concreto:



Descendiendo al caso que hoy nos atañe, avizora la Sala que en el libelo genitor la actora anhela el recobro de 83 solicitudes de recobro, por el suministro y/o provisión efectiva del servicio de Traslados (Aéreo, Terrestre y fluvial-ambulancia), medicamentos NO POS y aplicación de medicamentos denominados Infiximab, Abatacepto, Mabthera, Lucentis, Bevacizumab y Trastumab; los cuales se negaba a cancelar la pasiva, aduciendo que los mismos fueron rechazados en el trámite de auditoria del FOSYGA, presentando glosas frente a los mismos por: (i) tratarse de prestaciones contenidas en el Plan de Beneficios o POS reconocidas a la EPS mediante el pago de la UPC;(ii) por tratarse de prestaciones que fueron presentadas fuera del término legal y (iii) no cumplir con el lleno de los requisitos establecidos en la normatividad prevista para su reconocimiento y pago.

Ahora, en primera instancia el *a-quo* con arreglo al peritaje militante en el proceso, la declaración rendida por el perito en el curso del mismo y las pruebas aportadas respecto de los recobros, determinó que de los 83 recobros algunos de los servicios se encontraban incluidos en el POS, por manera que tan solo consintió como no POS, a 49 de los recobros por valor de \$36.782.789, respecto de los cuales consintió fulminar condena solo en lo que respecta a aquellos que determinó que no habían sido afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción. Siendo del caso indicar que al analizar el fallo de primera instancia la Sala encuentra que el Despacho incurrió en ciertas contradicciones, por cuanto a lo largo de la providencia aludió que el recobro era respecto de 84 recobros, cuando claramente en la demanda solo se habla de 83 y de otra parte, aludió que además de los recobros NO POS evidenciados en el peritaje, incluiría como no POS los No. 3993006 y 25557792, pero termina por concluir como ya se adujo que el valor a cancelar por recobros no POS es solo de \$36.782.789, monto que se ajusta exclusivamente a los valores de los servicios NO POS que determinó el perito.

Así las cosas, como quiera que la parte actora no presentó inconformidad alguna frente al monto final que se estableció como obligación, esto es, la suma de \$36.782.789, lo que en suma implica que no se tuvieron en cuenta finalmente los recobros No. 3993006 y 25557792, habida consideración que el presente proceso se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva y que el recurso de apelación de la convocante a juicio, únicamente se concentró en la prescripción, los intereses moratorios y los gastos de administración, la sala se concentrara únicamente en el estudio de dichos 49 recobros, como quiera que la



parte actora no debatido que los restantes se encontraban contemplados en el POS.

En tal sentir, la Sala vuelve la mirada sobre el peritaje arrimado al proceso, en el cual se constata que en efecto se logró determinar que dentro de los recobros efectuados por la hoy demandante tan solo 16 servicios por medicamentos eran de los NO POS y 33 corresponden a servicios de transportes no interinstitucionales NO POS, que componen el proceso TRAS1, para un total de 49 de los recobros solicitados por un valor de \$36.782.788,5 y que serían los siguientes acorde se indica en el peritaje:

RAD FOSYGA	ITEM	TIPO ID.	NUM. ID.	NOMBRE DE USUARIO	SERVICIO	VALOR RECOBRADO	FECHA DE PRESTACIÓN
23566760	5	CC	79796766	MATALLANA GÓMEZ SERGIO ANDRÉS	TRANSPORTE CRIOGÉNICO LOX MEDICINAL	\$ 150.000	29/05/2010
85179719	1	CC	141652	LEONIDAS PALMARINE	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 100.545	11/03/2010
85181012	1	TI	8,90E+13	JOSEMITH BOIGA SARMIENTO	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL SAN ANDRES BARRANQUILLA PARA USUARIO	\$ 487.175	27/02/2008
85181084	1	CC	40986856	PEDRO RAFAEL AYUS PEREZ	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL MEDELLIN MONTERIA PARA PACIENTE	\$ 85.479	11/06/2010
23548212	1	RC	1011090507	HERNANDEZ GUERRERO ANDRES NICOLAS	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS Y TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO RIE DOMICILIO	\$ 560.000	19/07/2010
23548256	1	RC	1001097268	BARRETO BARACALDO VALENTINA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE	\$ 1.040.000	19/07/2010
23548258	1	RC	1011093321	AGUIRRE POLANIA CRISTIAN DANIEL	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO ARCANGELES DOMICILIO	\$ 1.280.000	19/07/2010
23564969	1	CC	32396829	ESTRADA DE CHALARCA TERESA	SERVICIO DE NEBULIZADOR ELECTRICO	\$ 40.000	9/06/2010
23565181	1	CC	53097856	SUAREZ RODRIGUEZ NIDIA JOHANNA	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO CLINICA EL BOSQUE TELETOM CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 1.433.700	20/05/2010



23565182	1	CC	80141562	GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO NEUROREHABILITAR HIDRO EQUINO CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.357.900	20/05/2010
23586562	1	TI	9,6102E+10	MONTEALEGRE HERNANDEZ ANGIE KARIMEN	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEUROREHABILITAR EQUINOTERAPIA FISIATRIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.117.900	19/07/2010
23586569	1	CC	4066871	ESPITIA LARA WILSON	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO TELETON DOMICILIO	\$ 317.900	16/06/2010
23586725	1	RC	1029141551	USMA HERNANDEZ ALLAN SEBASTIAN	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO GOLEMAN HIDROTERAPIA EQUINOTERAPIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.120.000	16/07/2010
23586845	1	RC	A1E0252925	GIRALDO HOYOS KAREN HELENA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEUROREHABILITAR CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 920.000	16/05/2010
23620591	1	RC	1019002406	JUAN NICOLAS NEIVA RUIZ	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO GOLEMAN DOMICILIO	\$ 1.997.900	18/05/2010
23663172	1	TI	9,3033E+10	JUBLY DANIELA ROJAS CASTRO	TRASLADO ASISTENCIAL INTERDEPARTAMENTAL BASICO DOBLE IBAGUE BOGOTA	\$ 618.900	4/08/2010



23792997	1	RC	1000794682	ENRIQUE FORERO SANABRIA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO COLEGIO NEUROREHABILITAR EQUINOTERAPIA HIDROTERAPIA DOMICILIO	\$ 2.247.900	16/08/2010
23799926	1	RC	1014859329	JUAN ANDRES MORA VERGARA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO GOLEMAN CALLE 80 FCI DOMICILIO	\$ 2.695.800	15/09/2010
23851789	1	RC	1011089142	MICHELLE DIANE GALE MUÑOZ	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO CARDIO INFANTIL TELETON CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 237.900	16/04/2010
23990758	1	RC	1011090507	HERNANDEZ GUERRERO ANDRES NICO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO RIE CITAS EMDICAS TELETON DOMICILIO	\$ 1.527.900	17/11/2010
23990810	1	RC	1031640363	PACHON OVIEDO SERGIO ANDRES	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA NEUROREHABILITAR HIDROTERAPIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.018.700	15/11/2010
23991853	1	CC	6198703	ALEXANDER LEDESMA ALVARADO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA UNIVERSITARIA TELETON CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 627.900	15/11/2010
23993006	1	TI	9,9022E+10	MAYA JARAMILLO DAYSON	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 37.900	30/09/2010



25109408	1	CC	80141562	GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEURO HIDRO CUC FCI DOMICILIO	\$ 2.198.400	17/03/2012
25175856	1	CC	26411708	CUENCA AVILEZ ABIGAIL	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA PALERMO CLINICA MEDERY JAVESALUD DOMICILIO	\$ 357.800	15/06/2012
25227792	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 189.000	21/06/2012
25227940	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA DOBLE BAJA COMPLEJIDAD NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 180.740	5/05/2012
25227941	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA DOBLE BAJA COMPLEJIDAD NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 1.084.440	4/05/2012
25276760	1	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL CUCUTA BUCARAMANGA PARA PACIENTE	\$ 84.761	2/11/2011
25276761	1	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL CUCUTA BUCARAMANGA PARA ACOMPAÑANTE	\$ 84.761	2/11/2011
25278762	1	CC	79158046	OCHOA SANTANA RAFAEL ALBERTO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO EDIFICIO EL BOSQUE CLINISANITAS PALERMO DOMICILIO	\$ 177.800	12/06/2012



45147696	1	CC	2859167	JESUS ERNESTO GARCIA BRICEÑO	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 79.560	10/08/2010
51543116	1	CC	20094107	MARIA GREGORIA CORONADO CAMARGO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO CLINISANITAS PRIMAVERA DOMICILIO	\$ 52.000	22/03/2012
52405473	1	CC	3313555	GOMEZ MIRA GERARDO DE JESUS	TRASLADO NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 100.070	20/08/2011
52599658	1	CC	41441157	ANZOLA CONGO MARIA FANNY	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO-RTS BOSQUE-DOMICILIO	\$ 520.000	2/07/2012
45148074	2	CC	51605183	MARLENY CARREÑO VDA DE URIBE	APLICACIÓN DE ABATACEP	\$ 127.610	30/07/2010
45148088	2	CC	41519830	GLORIA INES PACHECO DE GARZON	APLICACION DE ABATACEPT	\$ 127.610	21/07/2010
45944877	2	CC	41519830	GLORIA INES PACHECO DE GARZON	APLICACION DE ABATACEPT	\$ 127.610	24/08/2010
46100264	2	CC	33278920	ADALGIZA URIBE DE QUIJANO	APLICACIÓN DE MEDICAMENTO TRASTUZUMAB	\$ 692.689	20/08/2010
46100387	2	CC	19116355	GUSTAVO ADOLFO LOPEZ PAREDEZ	APLICACION DE MEDICAMENTO BEVACIZUMAB	\$ 1.546.642	15/10/2010
46623563	2	CC	358189	LUIS JOSE NAVARRO ROJAS	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	15/10/2010
46623564	2	CC	3288843	RIGOBERTO SALGADO MARIN	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	29/10/2010
46623565	2	CC	21225093	CLELIA LOPEZ DE LOPEZ	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	19/10/2010
52599633	5	CC	20336611	VILLALBA DE LA TORRE ANA JULIA	AJUSTE DISPENSACION DE MEDICAMENTO NO POS MABTHERA	\$ 1.123.338	20/07/2012



52602094	2	CC	1049615044	QUIJANO RUIZ MANUELA	ADMINISTRACION DISPENSACION Y ATENCION FARMACEUTICA DE MEDICAMENTO NO POS INFLIXIMAB	\$ 613.719	24/04/2012
52639179	2	RC	1014870352	MONSALVE PEREZ ZARA ALEJANDRA	ADMINISTRACION DISPENSACION Y ATENCION FARMACEUTICA DE NEUPOGEN 300MCG	\$ 224.810	6/07/2012
23586600	1	CC	42876580	ARANGO VILLA MARIA ADELAIDA	APLICACION DE INFLIXIMAB	\$ 32.004	5/06/2010
23586831	1	CC	41571353	GUATAQUI DE MENESES GLORIA	APLICACION DE ABATA CEP	\$ 49.347	30/06/2010
23586833	1	CC	41474797	MESA DE PEÑALOZA MARIA DEL CARMEN	APILICACION DE INFLIXIMAB	\$ 36.680	1/07/2010

En este orden de ideas se corrobora que los 49 recobros previamente aludidos se encuentran fuera del POS, tratando la mayoría de ellos de traslados que no cumplen con los presupuestos legales establecidos en el artículo 42 y 43 del Acuerdo 003 del 2009, en concordancia con el artículo 33 del Acuerdo 008 del 2009; como quiera que al analizar los documentos aportados para cada caso se corrobora que no se trata de traslados institucionales entre prestadoras del servicio de salud y otros resultaban accesibles desde el domicilio.

En igual sentido, se tiene que aquellos que no comportan traslados correspondían al suministro de medicamentos de baja, mediana y alta complejidad que no hacían parte de la cobertura del POS para la anualidad en la cual fueron suministrados, por cuanto no se encuentran enlistados en los anexos 1 y 2 del Acuerdo 029 del 2011.

Asimismo y pese a que en primera instancia el *a-quo* se limitó a establecer la obligación de los recobros basándose exclusivamente en si los servicios hacían o no parte del POS, dado que esta Sala analiza el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, estima importante recordar que las glosas a los recobros realizados por la pasiva, no se basaron únicamente en que eran servicios POS o incluidos en el plan de beneficios, sino que fueron diversas las causales de glosa, conforme se puede corroborar en el informe de apoyo técnico que milita en el CD de Fl 244, en el cual se presentó un informe sobre las glosas presentadas a los recobros.



Con todo, al proceder la Corporación a revisar cada una de las glosas enunciadas en precedencia, respecto de lo referido en el mentado cuadro y compararlos, con los soportes de la prestación del servicio allegados por las accionantes, no pudo encontrar la Sala soporte probatorio de las afirmaciones realizadas por la pasiva en el referido documento, ni mucho menos de los argumentos aducidos como sustento de su defensa, siendo carga probatoria de la misma acreditar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyo efecto jurídico pretendía que se aplicara en el presente asunto, tal como lo indica el artículo 167 del C.G.P. Por el contrario, la pasiva logró demostrar la efectiva prestación de cada uno de los servicios previamente enunciado y su carácter No POS, dando lugar a su recobro por parte del FOSYGA actualmente asumido por la ADRES.

De otra parte, vale la pena indicar que no se constata que ninguno de los mentados recobros haya sido presentado fuera de los plazos o sin el lleno de los requisitos legales establecidos en su momento para el recobro, acorde lo dispuesto en las Resoluciones 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012, vigentes para la data de presentación de los mismos, en tanto estos fueron servicios prestados entre las anualidades del 2008 al 2012.

Ahora, en lo tocante al término con el cual cuenta la entidad para radicar los recobros, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, que señala:

“Artículo 7º. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.



“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.” (Resaltado por la Sala)

Así pues, al revisar todos y cada uno de los recobros previamente aludidos, logró corroborar la Sala que estos sí fueron presentados dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio como lo alude la mentada norma, por ende, tampoco podían ser glosados por dicha razón, como se alude en la contestación de la demanda.

Dimana de lo enunciado que la obligación a cargo del ADRES por recobro de los servicios asistenciales y farmacéuticos NO POS, previamente enunciado ascendería en principio a la suma de \$36,782,788,5.

De la prescripción:

Sea del caso advertir que en efecto ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad el término de prescripción, por tanto, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

“En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

“Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.



“No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

“Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

“Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

“Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

“En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

“El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

“El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

“Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.



como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

“Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplan en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*“En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.*

“En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley³ y que prescriben en tres años.»

Conforme lo anterior, es claro que el término para que opere la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiarias, el cual además se equipara en su término al consagrado en el C.P.T. y de la S.S, de manera que para el caso de los recobros por servicios de salud hoy reclamados se les debe aplicar el término prescriptivo trienal el cual comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación de cada servicio.

Así pues, se aparta esta Sala, de la decisión adoptada en primera instancia al

³ Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.



aplicar como término de prescripción, el termino de caducidad para la acción de reparación directa al que se alude en el artículo 122 del Decreto 019 del 2012, máxime cuando no se puede equiparar el término de caducidad con el de prescripción y más cuando la mentada norma lo que indica es que el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución siempre que no haya transcurrido el término de caducidad previamente aludido.

De esta manera, como quiera que la presente demanda fue radicada el 11 de abril del 2014 (Fl 53, cuaderno 1) y teniendo en consideración que los recobros objeto de debate en el presente juicio, acaecen con fundamento en servicios prestados entre el 27 de febrero del 2008 y el 30 de julio de 2012, resulta evidente que se encuentran prescritos los recobros de aquellos ocasionados y recobrados a la entidad antes del 11 de abril del 2011, esto es, 35 de los recobros previamente enunciados que suman un total de \$29.791.151, conforme se puede constatar en el siguiente cuadro:

No	RAD FOSYGA	ITEM	NOMBRE DE USUARIO	SERVICIO	VALOR RECOBRADO	FECHA DE PRESTACION	FECHA DE RADICACIÓN
1	23566760	5	MATALLANA GOMEZ SERGIO ANDRES	TRANSPORTE CRIOGENICO LOX MEDICINAL	\$ 150.000	29/05/2010	13/08/2010
2	85179719	1	LEONIDAS PALMARINE	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 100.545	11/03/2010	2/08/2010
3	85181012	1	JOSEMITH BOIGA SARMIENTO	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL SAN ANDRES BARRANQUILLA PARA USUARIO	\$ 487.175	27/02/2008	13/08/2010
4	85181084	1	PEDRO RAFAEL AYUS PEREZ	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL MEDELLIN MONTERIA PARA PACIENTE	\$ 85.479	11/06/2010	20/01/2011
5	23548212	1	HERNANDEZ GUERRERO	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS Y	\$ 560.000	19/07/2010	11/08/2010



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

			ANDRES NICOLAS	TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO RIE DOMICILIO			
6	23548256	1	BARRETO BARACALDO VALENTINA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE	\$ 1.040.000	19/07/2010	11/08/2010
7	23548258	1	AGUIRRE POLANIA CRISTIAN DANIEL	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO ARCANGELES DOMICILIO	\$ 1.280.000	19/07/2010	11/08/2010
8	23564969	1	ESTRADA DE CHALARCA TERESA	SERVICIO DE NEBULIZADOR ELECTRICO	\$ 40.000	9/06/2010	13/09/2010
9	23565181	1	SUAREZ RODRIGUEZ NIDIA JOHANNA	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO CLINICA EL BOSQUE TELETOM CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 1.433.700	20/05/2010	13/08/2010
10	23565182	1	GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO NEUROREHABILITAR HIDRO EQUINO CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.357.900	20/05/2010	13/08/2010
11	23586562	1	MONTEALEGRE HERNANDEZ ANGIE KARIMEN	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEUROREHABILITAR EQUINOTERAPIA FISIATRIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.117.900	19/07/2010	17/08/2010



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

12	23586569	1	ESPITIA LARA WILSON	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO TELETON DOMICILIO	\$ 317.900	16/06/2010	17/08/2010
13	23586725	1	USMA HERNANDEZ ALLAN SEBASTIAN	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO GOLEMAN HIDROTERAPIA EQUINOTERAPIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.120.000	16/07/2010	17/08/2010
14	23586845	1	GIRALDO HOYOS KAREN HELENA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEUROREHABILITAR CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 920.000	16/05/2010	17/08/2010
15	23620591	1	JUAN NICOLAS NEIVA RUIZ	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO GOLEMAN DOMICILIO	\$ 1.997.900	18/05/2010	7/09/2010
16	23663172	1	JUBLY DANIELA ROJAS CASTRO	TRASLADO ASISTENCIAL INTERDEPARTAMENTA L BASICO DOBLE IBAGUE BOGOTA	\$ 618.900	4/08/2010	15/09/2010
17	23792997	1	ENRIQUE FORERO SANABRIA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO COLEGIO NEUROREHABILITAR EQUINOTERAPIA HIDROTERAPIA DOMICILIO	\$ 2.247.900	16/08/2010	10/11/2010



18	23799926	1	JUAN ANDRES MORA VERGARA	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO GOLEMAN CALLE 80 FCI DOMICILIO	\$ 2.695.800	15/09/2010	11/11/2010
19	23851789	1	MICHELLE DIANE GALE MUÑOZ	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO CARDIO INFANTIL TELETON CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 237.900	16/04/2010	16/11/2010
20	23990758	1	HERNANDEZ GUERRERO ANDRES NICO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DOMICILIO RIIIE CITAS EMDICAS TELETON DOMICILIO	\$ 1.527.900	17/11/2010	20/01/2011
21	23990810	1	PACHON OVIEDO SERGIO ANDRES	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA NEUROREHABILITAR HIDROTERAPIA CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 2.018.700	15/11/2010	20/01/2011
22	23991853	1	ALEXANDER LEDESMA ALVARADO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA UNIVERSITARIA TELETON CITAS MEDICAS DOMICILIO	\$ 627.900	15/11/2010	21/01/2011
23	23993006	1	MAYA JARAMILLO DAYSON	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 37.900	30/09/2010	21/01/2011



24	45147696	1	JESUS ERNESTO GARCIA BRICEÑO	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 79.560	10/08/2010	7/09/2010
25	45148074	2	MARLENY CARREÑO VDA DE URIBE	APLICACIÓN DE ABATACEPT	\$ 127.610	30/07/2010	7/09/2010
26	45148088	2	GLORIA INES PACHECO DE GARZON	APLICACION DE ABATACEPT	\$ 127.610	21/07/2010	7/09/2010
27	45944877	2	GLORIA INES PACHECO DE GARZON	APLICACION DE ABATACEPT	\$ 127.610	24/08/2010	1/12/2010
28	46100264	2	ADALGIZA URIBE DE QUIJANO	APLICACIÓN DE MEDICAMENTO TRASTUZUMAB	\$ 692.689	20/08/2010	13/12/2010
29	46100387	2	GUSTAVO ADOLFO LOPEZ PAREDEZ	APLICACION DE MEDICAMENTO BEVACIZUMAB	\$ 1.546.642	15/10/2010	13/12/2010
30	46623563	2	LUIS JOSE NAVARRO ROJAS	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	15/10/2010	8/02/2011
31	46623564	2	RIGOBERTO SALGADO MARIN	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	29/10/2010	8/02/2011
32	46623565	2	CLELIA LOPEZ DE LOPEZ	APLICACION MEDICAMENTO LUCENTIS	\$ 650.000	19/10/2010	8/02/2011
33	23586600	1	ARANGO VILLA MARIA ADELAIDA	APLICACION DE INFLIXIMAB	\$ 32.004	5/06/2010	17/08/2010
34	23586831	1	GUATAQUI DE MENESES GLORIA	APLICACION DE ABATACEPT	\$ 49.347	30/06/2010	17/08/2010



35	23586833	1	MESA DE PEÑALOZA MARIA DEL CARMEN	APLICACION DE INFLIXIMAB	\$ 36.680	1/07/2010	17/08/2010
TOTAL					\$ 29.791.151		

Así las cosas, los recobros que no se han visto afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, tan solo son 14 y ascienden a la suma de \$6.991.639 y serían los siguientes:

No	RAD FOSYGA	ITEM	TIPO DE ID	NUM. IDENTIDAD	NOMBRE DEL USUARIO	SERVICIO	VALOR RECOBRO	FECHA DE PRESENTACIÓN
1	25109408	1	CC	80141562	GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO NEURO HIDRO CUC FCI DOMICILIO	\$ 2.198.400	17/03/2012
2	25175856	1	CC	26411708	CUENCA AVILEZ ABIGAIL	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CLINICA PALERMO CLINICA MEDERY JAVESALUD DOMICILIO	\$ 357.800	15/06/2012
3	25227792	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 189.000	21/06/2012
4	25227940	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA DOBLE BAJA COMPLEJIDAD NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 180.740	5/05/2012
5	25227941	1	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	TRASLADO EN AMBULANCIA DOBLE BAJA COMPLEJIDAD NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 1.084.440	4/05/2012



6	25276760	1	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL CUCUTA BUCARAMANGA PARA PACIENTE	\$ 84.761	2/11/2011
7	25276761	1	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	TRASLADO AEREO NO INTERINSTITUCIONAL CUCUTA BUCARAMANGA PARA ACOMPAÑANTE	\$ 84.761	2/11/2011
8	25278762	1	CC	79158046	OCHOA SANTANA RAFAEL ALBERTO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO EDIFICIO EL BOSQUE CLINISANITAS PALERMO DOMICILIO	\$ 177.800	12/06/2012
9	51543116	1	CC	20094107	MARIA GREGORIA CORONADO CAMARGO	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO CLINISANITAS PRIMAVERA DOMICILIO	\$ 52.000	22/03/2012
10	52405473	1	CC	3313555	GOMEZ MIRA GERARDO DE JESUS	TRASLADO NO INTERINSTITUCIONAL	\$ 100.070	20/08/2011
11	52599658	1	CC	41441157	ANZOLA CONGO MARIA FANNY	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DE DOMICILIO-RTS BOSQUE-DOMICILIO	\$ 520.000	2/07/2012
12	52599633	5	CC	20336611	VILLALBA DE LA	AJUSTE DISPENSACION DE	\$ 1.123.338	20/07/2012



					TORRE ANA JULIA	MEDICAMENTO NO POS MABTHERA		
13	52602094	2	CC	1049615044	QUIJANO RUIZ MANUELA	ADMINISTRACION DISPENSACION Y ATENCION FARMACEUTICA DE MEDICAMENTO NO POS INFLIXIMAB	\$ 613.719	24/04/2012
14	52639179	2	RC	1014870352	MONSALVE PEREZ ZARA ALEJANDRA	ADMINISTRACION DISPENSACION Y ATENCION FARMACEUTICA DE NEUPOGEN 300MCG	\$ 224.810	6/07/2012
Total							\$ 6.991.639	

Siendo del caso indicar que, si bien existe una clara diferencia en lo que atañe al monto establecido por esta Corporación respecto del fijado en primera instancia, pese a que este se supone estaba aplicando un término de prescripción de 2 años, ello es por cuanto incluyó dentro de las obligaciones no prescritas recobros de servicios prestados y cobrados a la pasiva, antes del 11 de abril del 2011. Por manera que habrá de ser modificado el monto de la condena impartida a la pasiva en cuantía de \$6.991.339.

e. De los intereses moratorios

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del sistema general de seguridad social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios no



POS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención que considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.

Por manera que en el *sub-examine*, teniendo en cuenta la fecha en que inicialmente se radicaron los recobros, según la data certificada por la propia convocada a juicio (CD Fl 244) tendríamos:

No	RAD FOSYGA	TIPO DE ID	NUM. IDENTIDAD	NOMBRE DEL USUARIO	VALOR RECOBRO	FECHA DE PRESENTACIÓN	Fecha Radicación	Fecha a partir de la cual se generan intereses
1	25109408	CC	80141562	GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO	\$ 2.198.400	17/03/2012	3/08/2012	3/10/2012
2	25175856	CC	26411708	CUENCA AVILEZ ABIGAIL	\$ 357.800	15/06/2012	11/09/2012	11/11/2012
3	25227792	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	\$ 189.000	21/06/2012	10/10/2012	10/12/2012
4	25227940	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	\$ 180.740	5/05/2012	10/10/2012	10/12/2012
5	25227941	CC	79463690	RIVERA PINILLA JHON JAIRO	\$ 1.084.440	4/05/2012	10/10/2012	10/12/2012
6	25276760	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	\$ 84.761	2/11/2011	16/10/2012	16/12/2012
7	25276761	CC	5392320	CONTRERAS CONTRERAS JOSE ANGEL	\$ 84.761	2/11/2011	16/10/2012	16/12/2012
8	25278762	CC	79158046	OCHOA SANTANA RAFAEL ALBERTO	\$ 177.800	12/06/2012	16/10/2012	16/12/2012
9	51543116	CC	20094107	MARIA GREGORIA CORONADO CAMARGO	\$ 52.000	22/03/2012	11/07/2012	11/09/2012
10	52405473	CC	3313555	GOMEZ MIRA GERARDO DE JESUS	\$ 100.070	20/08/2011	9/10/2012	3/12/2012
11	52599658	CC	41441157	ANZOLA CONGO	\$ 520.000	2/07/2012	15/10/2012	15/12/2012



				MARIA FANNY				
12	52599633	CC	20336611	VILLALBA DE LA TORRE ANA JULIA	\$ 1.123.338	20/07/2012	15/10/2012	15/12/2012
13	52602094	CC	1049615044	QUIJANO RUIZ MANUELA	\$ 613.719	24/04/2012	15/10/2012	15/12/2012
14	52639179	RC	1014870352	MONSALVE PEREZ ZARA ALEJANDRA	\$ 224.810	6/07/2012	16/10/2012	16/10/2012

Por lo eludido, dimana lógico que la pasiva proceda a realizar el correspondiente reconocimiento y pago de los intereses moratorios respecto de cada uno de los recobros previamente enunciados a partir de la data enunciada en la última cacilla, esto es, a partir de los 2 meses con los cuales contaba la entidad para proceder a su pago, luego de la radicación del recobro.

Precisando que debido a que se accede al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, se revocará la condena impartida en lo tocante a la indexación de las sumas adeudadas, en tanto se estaría imponiendo una doble sanción y como es bien sabido, con el pago de los intereses moratorios se supliría la mora en el pago de la acreencia hoy reclamada.

d. De los gastos de administración:

En lo que atañe a los gastos de administración, aduce en la alzada la apoderada de la parte actora, que con la prestación de los servicios objeto de recobro, las entidades demandantes incurrieron en gastos de administración por poner en marcha el aparato judicial, así como verificaron auditorias y solucionaron el peritaje.

Sobre este punto basta indicar que en el presente juicio la pasiva no acreditó ninguno gasto administrativo en el cual haya podido incurrir, a razón del presente proceso y en todo caso se le recuerda que los gastos que se generen como consecuencia del proceso se suplen a través de las respectivas costas procesales que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P.



Asimismo, el pago de expensas y honorarios se encuentran sujetos a lo previsto en el artículo 364 del mismo estatuto. Ninguno de los cuales prevé el reconocimiento del 10% al que alude la parte actora en la alzada.

Por lo indicado se confirmará el fallo de primera instancia en lo que a este punto respecta.

Como corolario de lo anterior se modificará el monto de la condena y se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la prescripción y al pago de los intereses moratorios acorde lo expuesto en líneas precedentes.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de condenar a LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL hoy por subrogación legal ADRES a pagar a la EPS SANITAS la suma de \$6.991.639 por concepto de prestación de servicios NO POS contentivos en 14 recobros.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 10 de septiembre del 2019, para en su lugar condenar a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios por los recobros mencionados en el ordinal anterior a partir de las fechas enunciadas en la parte motiva de la presente decisión y hasta tanto, se cancelen en su integridad los mismos, por lo cual además de **REVOCA** al pago de la indexación.



TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 19 2015 00438 02**
Demandante: **HUMBERTO HERNÁNDEZ PINZÓN**
Demandado: **CARLOS ANCISAR ÁVILA GUZMÁN**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Humberto Hernández Pinzón*, instauró demanda ordinaria en contra del señor *Carlos Ancizar Ávila Guzmán*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo de carácter verbal e indefinido.

En virtud de lo anterior, se condene al demandado al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, indicó que pactó con el demandado de manera verbal un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el año de 1993 y junio de 2014, de forma continua e ininterrumpida, desempeñando el cargo de oficial de construcción, albañilería, mampostería y actividades afines, con un salario de \$448.000 mensuales, y como última remuneración la suma de \$1.680.000.

Que siempre desarrolló sus labores de manera continua e ininterrumpida bajo la constante subordinación del demandado, el cual decidió dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa cuando le reclamó la falta de pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; por último, adujo que el demandado adeuda la totalidad de las prestaciones sociales, y que lo afilió al Sistema Integral de Seguridad Social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado *Carlos Ancizar Ávila Guzmán*, fue representado por curador *ad-litem*, quien no se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo no constarle los supuestos fácticos de la demanda.

No formuló ningún medio exceptivo.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 28 de febrero de 2014, por lo que condenó al demandado al pago del auxilio de cesantías en la suma de \$2.715.533, intereses a las cesantías en \$1.436.517, prima de servicios \$2.715.533 y compensación de vacaciones en \$1.537.767.



Además, condenó a la demandada a la sanción por despido sin justa causa por valor de \$2.019.011, junto con la indemnización moratoria a partir del 1º de marzo de 2014 a razón un día de salario equivalente a \$20.500 por cada día de retardo, y hasta que se verifique el correspondiente pago.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, de las pruebas allegadas al expediente, en especial la certificación laboral que suscribiera el demandado se pudo colegir que en efecto las partes suscribieron un contrato de trabajo, de la cual se desprende que el demandante se desempeñaba como oficial de construcción, devengando un salario mensual de \$1.500.000.

En lo que concierne a los extremos del contrato, puntualizó que la referida liquidación no los certificaba, concluyéndolos de la historia laboral del reporte de semanas de Colpensiones, respecto del cual se constató que el demandado inició a efectuar aportes a pensión y en favor del actor, desde el 1º de octubre de 2009 hasta el 28 de febrero de 2014.

En lo que respecta al salario, lo determinó en un mínimo legal mensual vigente, ya que así lo reflejó la mentada prueba atinente al reporte de semanas emitido por Colpensiones, y que no fue tachado por la parte demandada.

Seguidamente, concluyó que la demandada no acreditó pago alguno de las prestaciones sociales, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, de ahí que haya fulminado condena por estos conceptos.

Frente a la sanción por despido sin justa causa, concluyó su condena bajo el entendido que la demandada no compareció al proceso a desvirtuar lo dicho por el demandante.



Respecto de la indemnización moratoria, enfatizó la existencia de mala fe como consecuencia de la falta de pago de las prestaciones sociales, absolviendo por la sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo.

Por último, en lo que concierne al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, absolvió de esta pretensión en razón a que se demostró que por los extremos declarados como relación laboral se habían sufragado los mismos.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló, en el sentir que el fallo proferido afecta sus intereses en tanto, los extremos de la relación laboral no fueron calculados desde 1993, por lo que debe ser esta calenda la que se tenga en cuenta como inicio del contrato de trabajo, y por consiguiente las condenas impuestas.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, habrá de determinarse si el extremo inicial de la relación laboral determinada por la falladora de instancia se configuró a partir del año de 1993, o si por



el contrario debe mantenerse incólume el extremo asentado en primer grado, esto es, el 1º de octubre de 2009.

En el evento de prosperar la apelación interpuesta, la Sala deberá analizar nuevamente las condenas impuestas en primera instancia.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el problema jurídico principal, es menester resaltar que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche la existencia del contrato de trabajo, el extremo final de dicha relación que lo fue el 28 de febrero de 2014, el salario determinado por la falladora de instancia en un S.M.L.M.V., y el cargo desempeñado de oficial de construcción.

Descendiendo al caso de marras, nótese que el apelante insiste en que la relación laboral tuvo como extremo inicial el año de 1993, aspecto que no fue tenido en cuenta por la *a-quo* quien concluyó el inicio del vínculo a partir del 1º de octubre de octubre de 2009, por considerar que a partir de dicha calenda, fue en que el demandado inició la cotización para con el demandante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En tal sentido, de las pruebas arrojadas al plenario, se aprecia que si bien a folios 14 a 17 reposa el reporte de semanas expedido por Colpensiones el 4 de abril de 2014, el cual da fe que el demandado inició las cotizaciones en pensión a favor del señor *Humberto Hernández Pinzón* desde el mes de octubre de 2009, a juicio de la Sala el referido extremo no es el que se refleja de las demás probanzas.

Lo anterior, por cuanto obra la documental denominada *“Informe para presunto accidente de trabajo del empleador o contratante”*, emanado por Positiva Compañía de Seguros y que no fue refutada de falsa (Fl 12), en la que se aprecia que el demandante el 6 de junio de 2012 presentó un accidente cuya descripción consistió en *“Al afinar el piso, siente un fuerte dolor en la mano izquierda, que le impidió seguir laborando”*.



De dicha documental, además se extrae que el demandante ingresó al servicio del demandado el 25 de julio de 2006, aspecto que la *a quo* no tuvo en cuenta para el análisis de su decisión; circunstancia por la cual, será esta data la que se tenga en cuenta como extremo inicial del contrato de trabajo, pues resulta ser claro que la Aseguradora de Riesgos Laborales tuviese una información mínima del vínculo que ataba a las partes al ser precisamente una aseguradora en contingencias emanadas del contrato de trabajo.

Ahora, si bien a folio 13 del expediente yace una certificación suscrita por el mismo demandado fechada el 11 de julio de 2011, que tampoco fue refutada de falsa, en la que se indicó que el demandante laboraba a su servicio desde hacía dieciséis años, la Sala no le asigna credibilidad para efectos de constituir un extremo inicial del contrato de trabajo diferente al analizado. Ello en atención de lo asentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019, la cual rememoró la postura que se ha venido manteniendo en decisiones anteriores con ocasión al análisis de las certificaciones laborales, puntualizando lo siguiente:

“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

“(…) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia



que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”.

De ahí, que las demás pruebas arrimadas demuestren situaciones diferentes, máxime si se tiene en cuenta de una parte, que atendiendo los dieciséis años que relata la certificación con anterioridad a su expedición que lo fue el 11 de julio de 2011, daría una iniciación de labores en el año 1995 y no 1993 como así lo pretende el actor, y de otra, en el interrogatorio de parte que se le practicó al demandante, este no fue claro en indicar cuáles fueron las supuestas funciones que desarrollo desde la fecha pretendida, pues dijo haber laborado con el demandado en diferentes obras de construcción y en distintos sitios y lugares tales como Profamilia, Tabio, Chía y Guamiral, pero sin ser enfático en cada periodo donde supuestamente laboró, por lo que se puede concluir que el contrato de trabajo que unió a las partes lo fue por el periodo comprendido entre el 25 de julio de 2006 y el 28 de febrero de 2014.

De las condenas por concepto de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

De conformidad con lo argumentos expuestos, al haberse determinado como extremos de la relación labora el periodo comprendido entre el el 25 de julio de 2006 y el 28 de febrero de 2014, la sala efectuará un nuevo cálculo respecto de las condenas impuestas en primer grado, teniendo como salario un mínimo para todos los años, pues se itera, el mismo no fue refutado, teniendo como días laborados 2733, adicional a que, para efectos de cesantías y prima de servicios se computará el auxilio de transporte.

En este escenario, la demandada deberá pagar por concepto de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones las siguientes sumas:



TOTAL LIQUIDACIÓN	
CESANTÍAS	\$ 4.625.603
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 4.625.603
INTERESES CESANTÍAS	\$ 508.800
VACACIONES	\$ 1.936.617
TOTAL	\$ 11.696.623

Se deja presente que la curadora *ad-litem*, quien representó al demandado no formuló ningún medio exceptivo.

Frente a los aportes pensionales, deberán ser sufragados por el señor *Carlos Ancizar Ávila Guzmán*, desde el 25 de julio de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta el salario mínimo de los correspondientes años, los cuales deberán ser consignados con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, previo cálculo actuarial que esta realice.

Los aportes comprendidos entre el 1º de octubre de 2009 y el 28 de febrero de 2014, como lo sostuvo la falladora de instancia, ya fueron sufragados por el demandado según da fe la constancia de reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones, por lo que no hay lugar a condena respecto de los mismos.

De la sanción por despido sin justa causa:

Al haberse declarado el contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 25 de julio de 2006 y el 28 de febrero de 2014, es palmario que la condena por esta sanción es superior a la ordenada en primera, por lo que realizados los cálculos correspondientes, al actor se le deben pagar por concepto de sanción un total de 166.66 días de salario, y en virtud de que el último salario devengado fueron \$616.000 mensuales, el salario diario ascendió a la suma de \$20.533.33, arrojando una sanción por valor de \$3.422.085.



De la indemnización moratoria:

Sobre esta pretensión no hay lugar a modificación con relación a la calculada en primer grado, ya que el finiquito del contrato lo fue el 28 de febrero de 2014, y desde dicha data fue que se calculó la indemnización a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta que se efectúe el correspondiente, en tanto el actor devengó un salario mínimo.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 25 de julio de 2006 y el 28 de febrero de 2014.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar condenar al demandado por los siguientes conceptos:

- a) Auxilio de cesantías en la suma de \$4.625.603.
- b) Prima de servicios en la suma de \$4.625.603.
- c) Intereses a las cesantías en la suma de \$508.800.
- d) Vacaciones en la suma de \$1.936.617.



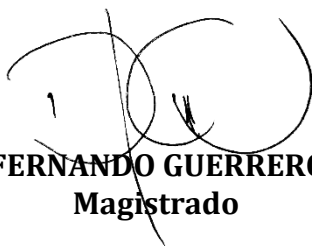
e) Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, desde el 25 de julio de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta el salario mínimo de los correspondientes años, los cuales deberán ser consignados con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, previo cálculo actuarial que esta realice.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar condenar al demandado por concepto de sanción por despido sin justa causa la suma de \$3.422.085.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 22 2016 00507 01
Demandante: EURÍPIDES UBLANDAMIRO SERRATO BOLAÑOS
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE
CUNDINAMARCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, la sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Eurípides Ublandamiro Serrato Bolaños* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la *Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca* a efectos que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación que le fue concedida, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año laborado antes de ser beneficiario de la pensión, tales como como sueldos, sobresueldo del 20%, prima de navidad, prima de servicios y vacaciones, desde el 1° de noviembre de 1974, y manera anual hasta el 30 de junio del 2016, con el respectivo pago de la indexación, las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que mediante Resolución No 0105 del 18 de febrero de 1975 el Departamento de Cundinamarca le reconoció la pensión de jubilación y mediante derecho de petición elevado el 20 de mayo de



2014, solicitó la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que previamente el demandante había solicitado en el mismo Juzgado y mediante el proceso 2016-180 la reliquidación bajo el concepto de indexación.

Propuso como medios exceptivos los que denominó cosa juzgada, excepción de inexequibilidad e imposibilidad del reajuste de que trata la Ley 6° de 1992, inexistencia de nuevos factores que permitan la reliquidación de la pensión, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró la inexistencia de nuevos factores que permitan la reliquidación de la pensión y condenó en costas al demandante.

Decisión que fuere adoptada por el *a-quo* manifestando en síntesis que se corrobora que el actor laboró en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca desde el 1º de septiembre de 1953 hasta el 31 de octubre de 1974, que la modalidad de la vinculación laboral era como trabajador oficial

Asimismo, se advierte en la Resolución 5340 de 1992 que le fue liquidada la pensión reconocida con la Ley 4ª de 1976, de igual forma se establece que la mesada pensional que se tuvo en cuenta al actor, fue la del último año de servicios con un promedio devengado de \$3.444, incluida la doceava parte, la prima de navidad correspondiente, con una tasa de reemplazo del 75%, por lo que su mesada pensional ascendió a \$2.583 mensuales a partir del 1º de noviembre de 1974 y mediante Resolución No. 00838 del 25 de junio de 2003, proferida por el Departamento de Cundinamarca, Dirección de Pensiones, se procedió a reconocer



el reajuste de la pensión respecto de las diferencias pensionales causadas, conforme a la documental que reposa en el plenario (Fl. 4).

En lo que respecta a la cosa juzgada respecto del proceso radicación número 2016-180, no se logra acreditar los tres presupuestos en que se edifica el fenómeno de la cosa juzgada, toda vez que en el proceso anterior se pretendía la indexación de las diferencias ocasionadas por el reajuste pensional que se realizó al actor, a causa de los incrementos establecidos en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, y en este caso, se pretende la inclusión del sueldo, sobresueldo del 20%, prima de navidad, prima de servicios y vacaciones como factores salariales a efectos de liquidar la pensión y modificar así el ingreso base liquidación de la pensión, problemas jurídicos que son totalmente diferentes.

En cuanto a la reliquidación de la pensión, que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación son los consignados en la ley vigente al momento de la causación del derecho, esto es, el Decreto 1045 de 1978, en armonía con lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968.

Conforme a lo anterior, no es posible tener en cuenta para liquidar la pensión el sobresueldo del 20%, dado que no está enlistado en los referidos decretos; de otro lado, pese a que la prima de servicios si se encuentra incluida, el promotor del juicio no demostró que la hubiera devengado en el último año de servicios. De otro lado, la prima de navidad está referida como factor salarial y también la devengó el actor en el último año de servicios, como se evidencia en la certificación de folio 14, así las cosas, hay lugar a incluirla, para lo cual, una vez realizados los cálculos correspondientes, teniendo en cuenta la asignación básica devengada conforme los formatos que reposan a folio 12 y 13, junto con la prima de navidad certificada, se obtiene que para el año de 1974, arroja como primera mesa pensional la suma de \$2.319, valor que es menor al monto reconocido por la demandada mediante Resolución 0105 de 1975.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Se estudiará en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del accionante, por cuanto la sentencia fue totalmente adversa a sus intereses y no se formuló recurso de apelación.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida por la pasiva al actor, teniendo en cuenta todos los factores salariales.

c. De la calidad de pensionado:

Previo a desatar la litis, resulta oportuno recabar en que no existe debate alguno respecto a que el libelista en calidad de Trabajador Oficial de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca (Fl 5), obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación mediante la Resolución No 0105 del 17 de febrero de 1975 en cuantía inicial de \$2.583 (Fls 2 a 3). Prestación que fue reajustada mediante la Resolución No 000838 del 25 de junio del 2003, conforme lo dispuesto por la Ley 6ª de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

d. De la cosa juzgada

Como quiera que la pasiva interpuso la excepción de cosa juzgada, con fundamento en el proceso previamente adelantado por el promotor contra dicha entidad con radicado No 2016-180, lo primero que entrará a analizar la Corporación es la viabilidad en la prosperidad de la misma.

Para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del CGP, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145



del C.P.T y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos [...]”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho entre otras, en sentencias SL-8658 de 2015, recordada en la sentencia SL-1303 de 2018 que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

Efectuada la anterior precisión, procedió la Sala a establecer si en autos existe identidad de partes, objeto y causa pretendí en lo atinente al proceso que hoy nos ocupa, respecto del proceso 2016-180; logrando establecer de cara a las piezas procesales de este último proceso, obrantes a folios 110 a 121 que aunque en efecto existe una identidad de partes, el *petitum* de ambas demandas es disímil por cuanto el asunto que hoy nos convoca se centra en determinar la procedencia de reliquidar la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año (sueldo, sobresueldo 20%, Prima de Navidad, Prima de Servicios y Vacaciones), mientras que en el proceso 2016-180 es obtener la indexación de su pensión (Fl 111-118).



En tal medida, le asistió razón al fallador de primera instancia al colegir que en el *sub-examine* no se cumplen los presupuestos legales necesarios para que prospere la excepción de cosa juzgada planteada por la convocada a juicio.

e. De la reliquidación pensional

Ahora bien, en lo que respecta al centro de la litis que nos convoca, justo resulta recabar que para la data de reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, esto es, febrero de 1975, la norma encargada de establecer los factores salariales de la pensión de jubilación era el Decreto 1045 de 1978, en armonía con lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, norma esta que en su artículo 45 estableció para entonces que los factores salariales a tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, serían:

- a. La asignación básica mensual.
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados.
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. (Modifica Ley 62 de 1985 Para reconocimiento de pensiones)



En tal medida, es patente que conforme lo enunciado en la norma en cita, el actor en efecto tendría derecho a que su pensión de jubilación fuera liquidada teniendo en cuenta su sueldo, la prima de navidad, la de vacaciones y la de servicios.

No obstante, al analizar el certificado de información laboral expedido por el Departamento de Cundinamarca para Bonos Pensionales y Pensiones de folios 6 a 13, se corrobora que, durante la última anualidad laborada por el actor para la mentada entidad, esto es, del 31 de octubre de 1973 al 31 de octubre de 1974 no aparece reflejada suma alguna percibida por el actor adicional a la asignación básica mensual.

Ahora, en la certificación No. 3267 del 21 de abril del 2016 emitida por la pasiva, a más de la asignación básica, de los factores aludidos en la norma en cita únicamente obra constancia de la prima de navidad percibida por el demandante en diciembre de 1973 por cuantía de \$2.402,91.

Luego, aun si tenemos en cuenta además del salario promedio mensual devengado por el libelista en el último año que asciende a \$3.217 (Fls 12-13), la doceava parte de la prima de navidad que corresponde a \$200,24; tendríamos un total de \$3.418,15, monto que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, nos arroja como primera mesada pensional la suma de \$2.563,61, monto que resulta inferior al de la mesada que le fue concedida al promotor en la Resolución No 015 de 1975, en tanto esta fue en cuantía de \$2.583, lo que en suma implica que no hay lugar a la reliquidación pretendida, tal como lo indicó el fallador de primera instancia.

Siendo del caso precisar que al entrar a recabar sobre las diferencias existentes entre la liquidación realizada por la Sala que la efectuada por la pasiva en la Resolución No 105 de 1975, se constata que en la misma la entidad adujo:

“Según la oficina de liquidación el peticionario obtuvo durante el último año de servicios un sueldo promedio de \$3.444, incluida la doceava parte de la prima de navidad correspondiente; cuyo 75% equivale a la suma de \$2.583 m/cte. (...)”.

Luego es dable afirmar que, para efectos de liquidar la pensión de jubilación del aquí demandante, a más de tenerse en cuenta la prima de navidad, se tuvo en



cuenta un salario promedio, incluso superior al que fue probado dentro del proceso que hoy nos ocupa.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

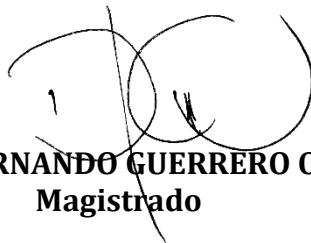
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 21 2016 00365 01**
Demandante: **YESICA TATIANA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**
Demandado: **ROBERTO CUERVO CONTENTO**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

La señora *Yesica Tatiana Sánchez Rodríguez*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Roberto Cuervo Contento*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 14 de noviembre de 2014 y el 10 de diciembre de 2015.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las mismas y compensación de vacaciones, respecto de todo el periodo de duración del contrato de trabajo, primas de servicios del año 2015, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, así como los salarios del 4 al 10 de diciembre de 2015.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que es odontóloga de profesión, y que el demandado era el Gerente y Socio de la sociedad *Clínicas Odontológicas Bocas y Brackets Ltda.* (sic); que por tal motivo, el 14 de noviembre de 2014 fue contratada de manera verbal, asignándole funciones tales como recibir pacientes, realizar las cotizaciones y proponer los tratamientos de odontología general, efectuar los procedimientos, tomar las radiografías periapicales y panorámicas que generara la clínica y lectura a los clientes de las radiografías que se tomaran.

Además, argumentó que su jornada laboral como odontóloga en la clínica odontológica era los días lunes, martes y jueves de 1:00 p.m. a 7:00 p.m., y los sábados de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.; que el demandado le suministraba todos los equipos médicos, insumos y el personal auxiliar para el desempeño de su labor como odontóloga, cuya remuneración se había establecido con un pago del 30% por tratamiento de paciente, más un 5% por radiografías que tomara respecto de cada paciente.

Por último, enfatizó que el demandado dio por terminado su contrato de trabajo sin justificación alguna el 10 de diciembre de 2015, sin cancelarle las acreencias aborales solicitadas en las pretensiones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado *Roberto Cuervo Contento*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que entre las partes existió un contrato por porcentaje en la modalidad de prestación de servicios, vínculo que es común en el ejercicio de la profesión de odontología, el cual consistía en que de manera autónoma e independiente se pone a disposición de la profesional las instalaciones de la clínica, para que coordinara su agenda y programara las citas para atender a los pacientes, entregándosele a cambio un porcentaje de los recaudado por la atención.



Por otra parte, adujo que la actora es odontóloga de profesión, por lo que los horarios de la atención de los pacientes se hacían de manera autónoma e independiente, de ahí que no se presente el elemento subordinante.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, buena fe, falta de título y causa, mala fe, ausencia de relación laboral, compensación y ausencia de subordinación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 14 de noviembre de 2019, absolvió al demandado de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro por parte de la demandante de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, falta de título y causa, y ausencia de relación laboral.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que la prestación personal del servicio quedó demostrada según se acreditó con las pruebas obrantes en el proceso, en especial la confesión del demandado en el interrogatorio de parte que se le practicó, quien fue enfático en resaltar que la actora desarrolló la actividad de odontóloga a través de un contrato de prestación de servicios.

A pesar de ello, la demandada logró desvirtuar el extremo subordinante, ya que lo único que se advirtió dentro del trámite procesal fue que la actora en su actividad de odontóloga contaba con sus propios pacientes, manejaba la agenda de los mismos en atención a los días asignados para su disponibilidad en el consultorio del demandado, es decir, que era autónoma en la programación de sus actividades dentro de un horario que ni quiera superaba las ocho horas diarias, y que los pacientes no se agendaban



todos los días, lo que deja ver la flexibilidad del horario que la actora desempeñaba para la prestación del servicio.

Sopesó su argumento en el hecho que, según postulados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la profesión de la demandante está caracterizada justamente por la independencia que consta de quien la ejerce, y en la que media la autonomía técnica de la tarea que se lleva a cabo, altamente ligada con la responsabilidad de los sujetos por los actos profesionales que se someten a un Código Moral sin que se implique la existencia del elemento subordinante.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló, encontrando su inconformidad en el hecho que en virtud a que las partes no consignaron por escrito el contrato de prestación de servicios en su modalidad de porcentaje, esa situación no puede ser catalogada como tal, por lo que se debe concluir que el 14 de noviembre de 2014, lo que se consignó fue un verdadero contrato verbal de trabajo a término indefinido, máxime si se tiene en cuenta que la misma parte demandada confesó la actividad de odontóloga, aunado a que dentro del plenario obran los comprobantes de pago como retribución de los servicios prestados hasta el 10 de diciembre de 2015.

Que el contrato de trabajo también se demuestra con el caudal probatorio que se recaudó en el plenario, por lo que se encuentran reunidos los elementos esenciales constituidos en el artículo 23 del C.S.T.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, como problema jurídico principal habrá de determinarse si entre las partes existió un contrato de trabajo.

De prosperar el problema jurídico principal, la Sala abordará las pretensiones de carácter condenatorio derivadas de la declaratoria de la relación laboral.

c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar



la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, tal como se refiere en las sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.



“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que respecto a la prestación personal del servicio, la misma quedó acreditada con la confesión del demandado señor *Roberto Cuervo Contento*, quien en el interrogatorio de parte que se le practicó, manifestó que la actora prestó los servicios de odontóloga en el establecimiento de comercio denominado *Clínica Odontológica Bocas y Brackets*, adicional a que los comprobantes de pago de calendas 4 de diciembre de 2014, 5 de enero, 2 de febrero, 3 de marzo, 8 de abril, 5 de mayo, 4 de junio, 4 de julio, 1 de agosto, 5 de septiembre, 5 de octubre, 5 de noviembre y 3 de diciembre de 2015 (Fls. 2 a 8 y 46), sopesan el pago a la actora por la actividad desarrollada.

De otra parte, en lo que concierne al elemento de la subordinación, dentro del trámite procesal se recaudaron los interrogatorios de ambas partes, así como el de los testigos *Leonardo Castro Martínez* y *Ángela María Torres*.

El demandado en el interrogatorio de parte indicó que con su cónyuge *Ángela María Torres*, son propietarios de una clínica odontológica, por lo que a la actora se la vinculó a través de contrato de prestación de servicios por porcentaje en el área de odontología general y como odontóloga independiente, ya que dicha actividad es conocida en el gremio.

Que como propietarios aportan los equipos, unidades y materiales, siendo el profesional en odontología quien de manera independiente aporta los pacientes que consiga y que quiera atender en un horario en el que se pone a disposición un equipo o unidad odontológica, por lo que la actora únicamente desarrollaba la mano de obra.



Expuso que, como consecuencia de dicho porcentaje de prestación de servicios, a la demandante por cada paciente que atendiera le correspondía el 35% y a la clínica el 65%, sin que en la atención de los pacientes la actora estuviese atada a algún tipo de subordinación, y que la única limitante para el desarrollo de la actividad era que el equipo odontológico estuviese disponible.

Al respecto, se había acordado con la demandante que los equipos odontológicos los podía utilizar los días martes, jueves y sábados en la tarde, puntualizando que las tarifas están establecidas en la clínica para todos los odontólogos en la misma proporción, pero el profesional independiente está en capacidad de realizar descuentos.

Por último, enfatizó que los pagos a la demandante se le hacían a comienzos de cada mes, luego de que se calculara el número de pacientes atendidos y los costos en los que había incurrido, y que la historia de los pacientes que atendía la actora, siendo ella era quien las diligenciaba.

La demandante adujo en su interrogatorio de parte que, se vinculó con el demandado cuando este puso un anuncio en el periódico, por lo que la contrató como odontóloga con unos turnos los días lunes, martes y jueves de 1:00 p.m. a 6:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 6:00 p.m., horario que debía cumplir en forma rigurosa y bajo una constante subordinación del señor *Roberto Cuervo Contento*, tanto así que le hacía llamados de atención de carácter verbal.

Que su agenda de pacientes la manejaba la auxiliar del demandado porque ella no tenía la facultad de llamarlos, así como que las historias clínicas de estos se encuentran bajo custodia del accionado; que los pacientes pagaban directamente sus consultas a la clínica, sin que nunca hubiese prestado sus servicios en lugares distintos a los de la clínica del demandado, máxime que no se ausentaba de su sitio de trabajo ya que cumplía estrictamente su horario de turnos.



El testigo señor *Leonardo Castro Martínez*, dijo ser odontólogo y estar vinculado con la clínica del demandado mediante contrato de prestación de servicios desde el año 2012 hasta aproximadamente el mes de marzo de 2015. En lo que respecta a la demandante, manifestó no conocerla, pero la observó en varias ocasiones en la clínica odontológica cuando asistía a atender pacientes.

Que no conoce si la demandante debía cumplir un horario establecido, precisando en que la actora ejecutaba las mismas funciones que él, por lo que dio fe que aproximadamente en seis ocasiones la observó en el consultorio se ausentaba atendiendo los pacientes.

La señora *Ángela María Torres*, odontóloga y cónyuge del demandado, dijo que presta servicios en la clínica, de ahí que tenga conocimiento que la demandante ingresó en el año 2014, y que todos los odontólogos que desarrollan su actividad lo hacen mediante contratos de prestación de servicios, así como que la demandante atendía a sus pacientes hasta que decidió por voluntad propia no prestar el servicio.

Que cada odontólogo agendaba a sus pacientes, y algunos llegaban al consultorio y otros la misma demandante los llevaba, siendo enfática en determinar que cada odontólogo manejaba su agenda de atención, por lo que podía atender en cualquier tiempo siempre y cuando los equipos de la clínica estuviesen desocupados.

Así las cosas, del caudal probatorio puede colegir la colegiatura que el elemento subordinante se logró desvirtuar por la parte demandada, pues nótese que los testimonios de *Leonardo Castro Martínez* y *Ángela María Torres*, fueron contestes en señalar que la actividad desarrollada por la demandante al servicio de la del actor, fue de manera autónoma y sin ningún tipo de subordinación, ya que la atención de los pacientes los hacía dentro de unos horarios en los que la misma demandante agendaba las citas que iba a atender.



Lo anterior, se acompasa con los dichos por el demandado en el interrogatorio de parte, en el entendido que la actora nunca estuvo atada a subordinación alguna, más aún si no cumplía horario, siendo el único condicionamiento que los equipos se encontraran disponibles para poder desarrollar la odontología de los pacientes, aspecto comprensible en razón de los diferentes odontólogos que prestaban el servicio en la clínica.

Además, debe resaltarse que el porcentaje pactado entre las partes por paciente que la demandante atendiera, en nada orienta la constitución de una verdadera relación laboral, máxime si dentro de los diferentes comprobantes de pago obrantes al plenario (Fls. 2 a 8 y 46), tan sólo advierten retribución de pagos que se le realizaran a la actora, sin que de los mismos se desprendan el contrato de trabajo pretendido, más aún, si la accionante no aportó prueba adicional que controviertan el conjunto de pruebas ya analizadas, que se itera, desvirtuaron el elemento subordinante.

Debe resaltarse que la accionante desempeñó una profesión liberal, respecto de la cual es dable la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, y específicamente el disponer de espacios para la prestación del servicio de odontología para distribuir las ganancias, siendo la subordinación el elemento que diferencia al contrato de trabajo, la cual no se avizoró al expediente, pues de los dichos de los testigos se evidencia autonomía e independencia en la prestación del servicio y consecución del pacientes, más aún cuando no se evidencia la sujeción a un reglamento de trabajo, la existencia de llamados de atención o sanciones disciplinarias, el establecimiento de un horario de trabajo ni la concesión de permisos para no asistir a las instalaciones del establecimiento de comercio.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad al no haberse constituido el contrato de trabajo pretendido. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN:

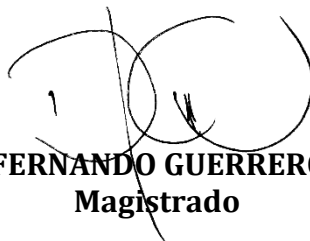
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida el día 14 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 23 201600435 01
Demandante: DAVID ESTEBAN BARRIOS RODRÍGUEZ
Demandado: ABITS COLOMBIA S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *David Esteban Barrios Rodríguez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Abits Colombia S.A.S*, a efectos de que se declare que entre las partes existió un contrato de aprendizaje del 19 de junio al 19 de agosto de 2015 y un contrato de trabajo a término indefinido del 20 de agosto del 2015 al 2 de marzo del 2016 sin que la empleadora haya realizado el reconocimiento y pago de las acreencias laborales.

En consecuencia, solicita se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y ARL; así mismo se fulmine condena por el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T; la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que las partes suscribieron un contrato de aprendizaje el 19 de junio del 2015, el cual duró por espacio de 2 meses, pactando como cuota de sostenimiento la suma de \$1.500.000; que durante la relación laboral la pasiva no afilió al demandante al Sistema de Seguridad Social; que desde el 20 de agosto del



2015 continuó prestando sus servicios personales sin suscribir contrato de aprendizaje; que el cargo desarrollado fue el de “*Desarrollador de Java*”, labor desarrollada en un horario de 8:00 a.m a 5:00 p.m, con una hora de almuerzo.

Explica que el 7 de septiembre del 2015 le notificaron que desde el primer día del citado mes percibiría una suma igual a \$2.300.000; el 10 de octubre del 2015 el señor *Gustavo Villa* le envía un correo electrónico, ordenando laborar el fin semana, con el objeto de reprogramar unos incidentes de la empresa; que la pasiva le pagó las horas extras causadas el 10 y 11 de octubre del 2015; que el 30 de noviembre del 2015 la empresa le notificó la aprobación de una bonificación laboral de \$500.000; que devengó como último salario la suma de \$2.300.000 y el 2 de marzo del 2016 presentó la carta de renuncia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, refiriendo que las mismas eran infundadas. Aduce igualmente que durante la vigencia del contrato de aprendizaje fueron cancelados los aportes a la ARL, pero precisa que entre las partes jamás se suscribió un contrato de trabajo.

Formula como medios exceptivos lo que denominó inexistencia del contrato de trabajo, ausencia de obligación a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, situación de insolvencia de la demandada y deber del demandante de comparecer ante el proceso de liquidación judicial de la demandada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de agosto del 2019 declaró la existencia de un contrato de aprendizaje del 19 de junio del 2015 al 2 de marzo del 2016, el cual finalizó por voluntad del estudiante y absolvió a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó el fallador de primera instancia lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 789 del 2002 que reglamente el contrato de aprendizaje, el cual operó entre las partes de conformidad con los medios probatorios allegados al proceso, con un término de duración inicial de dos (2) meses comprendidos entre el 19 de junio



y el 19 de agosto del 2015, el cual, desempeñando prácticas como ingeniero de sistemas y computación, estipulándose que el contrato no podrá exceder del término máximo de dos (2) años contenido en el artículo 30 de la Ley 789 del 2002.

Refiere que en comunicación del 7 de septiembre del 2015, dirigida por la empresa demandada al demandante, se le informa la nueva remuneración de \$2.300.000 que devengaría a partir del 1º de septiembre de esa anualidad (Fls 23 y 158); la comunicación del 30 de noviembre de 2015 dirigida por la empresa demandada al demandante, en la que se le informa que dicha compañía le concedería una bonificación por una sola vez y de mera liberalidad en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (Fls 33 y 159); así como la carta de renuncia voluntaria presentada por el demandante a la empresa demandada, de fecha 2 de marzo de 2016 (Fls 34 y 161).

Así las cosas, conforme al acervo probatorio y lo estipulado en la cláusula segunda del contrato de aprendizaje (Fls 20 a 22 y 144 a 146), se evidencia que el extremo inicial fue el 19 de junio del 2015, pactándose un término de duración de dos (2) meses, señalándose además que no podría exceder del término máximo legal de dos (2) años contenidos en el artículo 30 de la Ley 789 del 2002, previa revisión de la normativa para cada una de las modalidades de patrocinio.

Por esta misma senda y debido a que el *a-quo* no encontró prueba alguna de la mutación del contrato de aprendizaje suscrito por las partes después del 19 de agosto del 2015, como lo aduce la parte actora, se tiene que el demandante prestó sus servicios a la compañía a través de un contrato de aprendizaje, el cual tuvo un término inicial de dos (2) meses comprendidos entre el 19 de junio del 2015 y el 19 de agosto de 2015, el cual se prorrogó hasta el 2 de marzo del 2016, fecha en que presentó renuncia voluntaria e irrevocable al cargo que venía desempeñando, data para la cual devengaba como apoyo de sostenimiento mensual, la suma de \$2.300.000.

De tal manera que la demandada solamente debía efectuar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales, desde el mes de junio del 2015 hasta marzo del 2016, lo cual aconteció según la prueba documental (Fls 148 a 157), por lo que se absolvió de esta pretensión.

Finalmente, puntualiza que dado que la relación se rigió por un contrato de aprendizaje la pasiva no estaba obligada a realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones



sociales, ni la indemnización moratoria.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que el contrato de aprendizaje en su cláusula segunda tiene un término de duración de dos (2) meses comprendidos entre el 19 de julio y el 19 de agosto de 2015, fecha de terminación del mismo, máxime que en dicha cláusula solo se estipuló que dicho período no podría exceder del término máximo de dos (2) años de conformidad con el artículo 30 de la Ley 789 del 2002 y teniendo en cuenta lo manifestado en el interrogatorio de parte presentado por el actor, en el que manifestó que había continuado realizando las mismas actividades que venía desarrollando en el período contenido en el contrato de aprendizaje, se debe deducir que en efecto lo que existió fue un contrato de trabajo, máxime que se verificó la subordinación por parte del señor *David Barrios*, quien además dispuso de manera unilateral asignar una remuneración que no proviene de un contrato de aprendizaje sino proviene de uno de trabajo, lo cual también se extrae de la prestación del servicio en horas extras y el pago de una bonificación asignada por el empleador unilateralmente.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) si el contrato de aprendizaje suscrito entre las partes mutó a un contrato de trabajo; y (ii) en caso afirmativo, proceder a determinar si al actor le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales alegadas.

c. Del Contrato Laboral y su Diferencia con el Contrato de Aprendizaje



Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Ahora bien, en lo tocante al contrato de aprendizaje debe recordar esta Sala que esta es un tipo de vinculación laboral, distinta al contrato de trabajo y por ende las normas encargadas de su regulación son de carácter especial. Así pues, aunque inicialmente este se regía por lo dispuesto en la ley 188 de 1999, con fundamento en la cual la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en diferentes pronunciamientos como la sentencia SL-5589 del 2019 precisó que el contrato de aprendizaje constituye una modalidad especial de vinculación laboral en la cual convergían los elementos del contrato de trabajo, lo cierto es que dicho planteamiento, debe ser analizado con otro enfoque en lo tocante a los contratos de aprendizaje que se suscriben con posterioridad a la ley 789 del 2002, por cuanto el artículo 30 de la mentada disposición le dio un nuevo matiz, en los siguientes términos:

"El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora



proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario. Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

- "a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;*
- b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;*
- c) La formación se recibe a título estrictamente personal;*
- d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje." (subrayado nuestro)*

Asimismo, el artículo 1° del Decreto 933 de 2003, precisó:

"El contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación y por un plazo no mayor a dos (2) años en la que una persona natural recibe formación teórica en una entidad de formación autorizada con el auspicio de una empresa patrocinadora que suministra los medios para que adquiera formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador con exclusividad en las actividades propias del aprendizaje y el reconocimiento de un apoyo de sostenimiento que garantice el proceso de aprendizaje y el cual, en ningún caso, constituye salario." (subrayado fuera de texto)

Con fundamento en las nuevas disposiciones legales, es patente que el contrato de aprendizaje tiene elementos esenciales totalmente distintos del vínculo laboral, entre las cuales se destaca la ausencia de salario como remuneración directa por los servicios prestados, sino una ayuda económica para el sostenimiento del aprendiz que le permita dedicarse al proceso de aprendizaje; de igual manera, se tiene que en el mismo no se presenta el elemento de subordinación en los mismos términos que se predica dentro de un contrato de trabajo, pues acorde el artículo 30 de la ley 789 del 2002 dicho elemento solo se podría generar en lo tocante a las labores propias del aprendizaje.

Ahora, respecto al apoyo de sostenimiento percibido por el aprendiz se encuentra debidamente regulado en la norma su alcance, de tal suerte que para la empresa



patrocinadora está vedado otorgarle una suma inferior a la contemplada en el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, cuyo tenor es el siguiente:

"Durante toda la vigencia de la relación, el aprendiz recibirá de la empresa un apoyo de sostenimiento mensual que sea como mínimo en la fase lectiva el equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente.

"El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.

"El apoyo de sostenimiento durante la fase práctica será diferente cuando la tasa de desempleo nacional sea menor del diez por ciento (10%), caso en el cual será equivalente al ciento por ciento (100%) de un salario mínimo legal vigente. En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

"Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo mensual, el apoyo de sostenimiento mensual no podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente" (Negrillas fuera de texto).

Implica lo eludido que no existe un monto fijo que deba tenerse como valor fijo del apoyo de sostenimiento, pues el legislador en la precitada norma precisó el monto mínimo a conceder, pero no limitó su cuantía.

Así pues, tenemos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al analizar un caso de similares matices al presente, cuyo contrato de aprendizaje se rigió por la Ley 789 del 2002, indicó precisamente en sentencia SL 4965 del 2019, con Radicación 73257:

"La subordinación en este tipo de «contratación especial del derecho laboral» se ceñirá con exclusividad a «a las actividades propias del aprendizaje» y el aprendiz percibirá por su labor práctica un «[...] apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje», que en ningún modo constituye salario. (...)

"Esta Sala, en providencia CSJ SL3430-2018, sobre su naturaleza jurídica, señaló:

"Ciertamente, la Ley 789 de 2002 reguló el contrato de aprendizaje como una forma de vinculación especial, diferente a la de naturaleza laboral, cuya finalidad primordial es permitir la formación teórico - práctica de una persona natural en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa en el oficio, actividad u ocupación. En tal sentido, el objetivo de este tipo de contrato es la de facilitar la formación de ocupaciones dentro del manejo administrativo, operativo,



comercial o financiero de la sociedad, por lo que la mencionada ley no hace preferencias o distinciones a la hora de la vinculación.

“Ahora bien, la ausencia de la connotación laboral del contrato de aprendizaje que hoy lo define, no ha sido una de sus características históricas. En efecto, antes de la entrada en vigencia de la reforma laboral que supuso la ley en mención, este tipo de contrato se encontraba regulado en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1º de la Ley 188 de 1959, que le imprimía una naturaleza propiamente laboral y lo definía como aquel «[...] por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido»”.

En este orden de ideas queda plenamente establecido que pese las similitudes existentes entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje su naturaleza, características y las obligaciones que dimanen de los mismos, son distintas y se nutren de una legislación diferente.

d. Del caso en concreto

En claro lo precisado en líneas precedentes procedió la Sala a realizar un análisis de los medios probatorios allegados al proceso, corroborando con los mismos que en el correspondiente interrogatorio de parte rendido por el liquidador de la demandada, se aceptó que el demandante estuvo vinculado con la pasiva, pero precisó que lo fue mediante un contrato de aprendizaje, precisando además que el demandante no se hizo parte dentro del proceso de liquidación de la accionada, siendo el anterior representante legal el señor *Gustavo Villa*.

A su turno, el demandante aceptó la suscripción del contrato de aprendizaje el día 19 de junio del 2015 y que no suscribió ningún contrato de trabajo con la demandada. En igual sentido, aseveró que las labores a su cargo fueron las de desarrollo de funcionalidades de *software*, actividad que desarrolló hasta enero o febrero del 2016; que en el contrato de aprendizaje se solucionaba un subsidio de sostenimiento por valor de \$1.500.000, que al final se ascendió a \$2.300.000, contrato que refiere finalizó por su renuncia. Admite igualmente que dicho contrato de aprendizaje lo suscribió mientras desarrollaba su carrera como Ingeniero de Sistemas, por tanto, la formación teórica la recibía en la institución educativa y que, durante la vigencia de la relación con la pasiva, siempre desarrolló las mismas funciones



Igualmente corrobora la Sala que las partes suscribieron un contrato de aprendizaje el 19 de junio del 2015, para culminar el demandante su proceso de formación como Ingeniero de Sistemas (Fls 20-22), el cual, si bien se pactó por un término de dos (2) meses, también acordaron las partes que el mismo no podría extenderse por el término de 2 años, lo que en suma implica que previeron la posibilidad de que el mismo se extendiera por un término superior al inicialmente pactado, sin excederse en de las dos anualidades previstas por la ley. Aunado a ello se aporta copia de sendos correos electrónicos (Fls 24 a 32), aparentemente de comunicaciones entabladas por el actor con personal de la empresa demandada, los cuales, aunque no fueron tachados de falsos conforme lo dispuesto en los artículos 269 y subsiguientes del C.G.P, lo cierto es que no puede dar por sentado la Sala que en efecto dichas conversaciones hayan sido entabladas con personal de la empresa, pues no se trata de correos institucionales y en todo caso, de tener en cuenta lo referido en las mismas, en modo alguno permiten entrever de dichas conversaciones que las partes en algún momento hayan decidido mutar el contrato de aprendizaje por uno de trabajo.

Asimismo, se corrobora inicialmente se previó un auxilio de sostenimiento en cuantía de \$1.500.00, y el 7 de septiembre de 2015 la pasiva decide modificar el monto en cuantía igual a \$2.300.000 (Fl 23); adicionalmente, el 30 de noviembre del 2015 se le concede una bonificación de \$500.000 (Fl 33). Sin embargo, dicha prerrogativa por sí misma, no comporta la modificación de la naturaleza de la contratación del actor, en tanto, el referido monto se ajusta a los parámetros legales del auxilio educativo a que tiene derecho los aprendices, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 789 del 2002. Esto es, por tratarse de un estudiante universitario, una cuantía superior al salario mínimo, por cuanto se itera si bien la norma establece una base no fija un tope, respecto al monto de dicho auxilio.

Finalmente se advierte de las probanzas aportadas que el 2 de marzo del 2016, el demandante presenta su carta de renuncia voluntaria a la pasiva, determinación que aduce es adoptada por motivos profesionales.

De cara a lo hasta aquí expuesto, para esta Corporación no existe debate alguno en cuanto a que los servicios prestados por el demandante a la empresa hoy convocada a juicio del 19 de junio del 2015 al 2 de marzo del 2016, fueron desarrolladas bajo el marco de un contrato de aprendizaje suscrito y desarrollado bajo los parámetros del artículo 30 de la Ley 789 del 2002, por cuanto el mismo actor reconoce en el



interrogatorio de parte que el mismo fue suscrito en calidad de estudiante de Ingeniería de Sistemas, por lo que la fase teórica era recibida en la institución educativa, y acorde se desprende del contrato de aprendizaje, sería en la Universidad de los Andes; luego, es patente que la labor desarrollada por el actor desarrollando programación para la pasiva, se acompasa con las características propias de un contrato de aprendizaje, en el que se busca afianzar su aprendizaje desde un enfoque práctico, recibiendo como contraprestación un auxilio educativo que tal y como se enuncia en líneas precedentes, resulta ajustado a los parámetros legales.

Debe indicar la Sala que comparte el criterio del *a-quo* en cuanto a que, si bien el contrato de aprendizaje fue suscrito por un término inicial de dos meses, nada impedía su prórroga, en tanto las partes no se excedieran de los dos años previstos por el legislador, como en efecto acaeció. Máxime si se tiene en cuenta que no existe evidencia alguna de la mutación de las funciones o labores desarrolladas por el actor como practicante, en tanto si bien la pasiva incrementó el monto del auxilio de sostenimiento, es el demandante quien acepta que las actividades jamás cambiaron.

Sumado a lo anterior, recuerda la Sala que bajo los parámetros legales antes enunciados, una de las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje, estriba en que la subordinación en el segundo únicamente se limita a las labores de aprendizaje, presupuesto que se encuentra acreditado en autos, por cuanto no avizora la Sala la imposición de sanciones o que se le impusiera al trabajador el deber de acatar obligaciones reglamentarias, convencionales o contractuales exigibles únicamente a los trabajadores de la empresa.

En tal medida, como quiera que las normas que regular en contrato de aprendizaje para la data en que se desarrolló el contrato que hoy nos ocupa, no exige a la empresa patrocinadora realizar el reconocimiento y pago de ninguna de las acreencias laborales hoy reclamadas, dimanada lógica la absolución de la pasiva frente a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.



DECISIÓN:

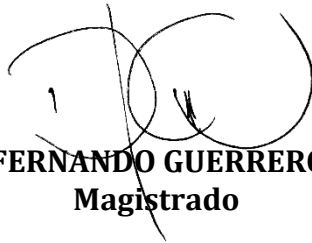
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 30 2016 00590 01**
Demandante: **GILDARDO MARTÍNEZ FLORIDO**
Demandado: **ALEXANDER ÁLVAREZ GARCÍA y solidariamente en**
 contra del CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA
 BÁRBARA NORTE MANZANA E -PROPIEDAD
 HORIZONTAL.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

La apoderada principal del demandado *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E -Propiedad Horizontal*, Dra. *Dayan Lili Cubides Martínez*, reconocida de autos, allegó sustitución de poder al Dr. *Juan Diego Montenegro Timón*, identificado con C.C. 1.030.571.366 y T.P. 220.622 del C.S. de la Judicatura, por lo que se reconoce personería, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2018 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor *Gildardo Martínez Florido*, presentó demanda ordinaria en contra de *Alexander Álvarez García* y solidariamente en contra del *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, se condene se le condene al demandado principal, y al solidario, al pago de auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, pensión de invalidez por no cumplir con el pago de las afiliaciones a pensión, y la indemnización por responsabilidad objetiva.

1.3 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que trabajó para el *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, bajo constante dependencia y subordinación, siendo contratado por el señor *Alexander Álvarez García* para desempeñar el cargo de oficios varios.

Que el día 22 de mayo de 2014, sufrió un accidente laboral en las instalaciones del conjunto residencial, siendo trasladado al Hospital Santafé; que debido al accidente, quedó postrado en una silla de ruedas, y ello ocurrió por la falta de protocolos de seguridad que los demandados desconocieron al momento de contratar sus servicios; mencionó que durante la relación laboral devengó un salario mínimo legal mensual vigente más el auxilio de transporte; que los extremos laborales corresponden del 20 de mayo de 2014 hasta el día del accidente, sin que se le haya cancelado ninguna acreencia laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



El *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante nunca trabajó ante sus dependencias, por lo que no existió un contrato de trabajo.

Que el 22 de mayo de 2014, el demandante arribó a las instalaciones del conjunto por primera y única vez en horas de la mañana, argumentando que había sido enviado por el señor *Alexander Álvarez García* con el fin de cotizar la reparación del cambio de tejas en el Interior 6º, desconociendo qué tipo de vínculo los ataba; mencionó que el accidente del demandante en efecto se dio el 22 de mayo de 2014 en horas de la mañana, sin que sea de índole laboral, como quiera que no se encontraba prestando servicios mediante contrato de trabajo, ni que haya estado subordinado, aunado que por su propia cuenta, el demandante decidió maniobrar en el tejado del Interior 6º, sin que en ningún momento se le hubiese delegado tal función.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de un contrato de prestación de servicios o de otra naturaleza civil o comercial, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de solidaridad, violación al deber objetivo de cuidado – culpa exclusiva de la víctima y prescripción.

Por su parte el accionado *Alexander Álvarez García* no contestó la demanda.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de agosto de 2018, declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el demandado señor *Alexander Álvarez García*, cuya duración fue de un (1) día, comprendido el 22 de mayo de 2014, el que culminó con ocasión de la ocurrencia de un accidente.



En razón de ello, condenó al demandado al pago de un (1) día de salario por valor de \$20.533, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios e indemnización moratoria a razón de \$20.533 diarios a partir del 23 de mayo de 2014 y hasta cuando se verifique el pago de salarios y prestaciones sociales, así como al pago de la pensión de invalidez a partir del 22 de mayo de 2014, en cuantía equivalente a un S.M.L.M.V., por 13 mesadas pensionales al año mientras permanezca el estado de invalidez, pagaderos dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes.

Declaró la solidaridad del demandado *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E -Propiedad Horizontal*, autorizándoseles a ambos demandados afiliar al actor a partir del 22 de mayo de 2014 a una EPS por él escogida, con el descuento del respectivo aporte de su mesada pensional.

Para arribar a dicha conclusión, en lo que atañe al contrato de trabajo, adujo en primer lugar que, de las pruebas obrantes al proceso, el demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, ello por cuanto quedó demostrado que ingresó a las instalaciones del conjunto residencial, y fue conducido al lugar donde debía verificar el trabajo a realizar, respecto de la labor que el demandado señor *Alexander Álvarez García* le había asignado.

Frente al elemento de subordinación, concluyó que este se constituyó respecto del demandado *Alexander Álvarez García* en el conjunto demandado, ingresando al mismo con autorización de la administración para realizar unas actividades en el interior 6º, más exactamente un cambio de tejas. Además, argumentó que la subordinación también fue impartida por empleados del Conjunto como lo fue el señor *Edilberto Moreno* quien era el “todero”, toda vez que lo acompañó al sitio donde se encontraban las tejas; es decir, que no existió autonomía propia del demandante para desarrollar la labor, dándole la catalogación de un contrato a término indefinido.



Decidió que el contrato de trabajo a término indefinido tuvo una duración de un (1) día, pues de las pruebas fue lo único que se advirtió, con un salario mínimo ya que tampoco obró prueba al respecto. Por tal razón, condenó al pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y salarios, todo con base en un día de trabajo.

Negó al pago de vacaciones, en razón a que el demandante al haber quedado en un estado de incapacidad el 22 de mayo de 2014, no era merecedor de dicha acreencia laboral, así como al pago de las dotaciones, por cuanto el actor debió solicitarlas en vestuario y no pretenderlas con un pago en dinero.

Frente a la indemnización moratoria, concluyó su pago bajo el entendido que el demandado a pesar de haberse notificado personalmente de la demanda, no la contestó ni compareció a las audiencias, por lo que no demostró actos de buena fe para su exoneración.

En lo que atañe al accidente de trabajo del demandante, dijo que no fue discutida su ocurrencia, lo que incluso se soportó con la historia clínica y el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación del 25 de septiembre 2018 con una pérdida de capacidad laboral del 54.85%, y con fecha de estructuración del 22 de mayo de 2014, misma calenda en que sucedió su accidente dentro del Conjunto Residencial.

Por tal razón, condenó al demandado al pago de la pensión de invalidez según lo dispuesto en el Parágrafo 2 – artículo 1 de la Ley 776 de 2002, en concordancia con el literal e) – numeral 4 del Decreto 1295 de 1994, ya que no se le afilió al demandante, por lo que debe asumir cualquier derecho o prestación con ocasión a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, fijando su cuantía de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 776 de 2002, es decir sobre un S.M.L.M.V y con 13 mesadas pensionales al año, e indicando que el demandado tiene la oportunidad de solicitar la práctica del dictamen en cualquier momento cuando las condiciones de



salud del actor varíen, y cuando se presenten hechos nuevos que puedan modificar la PCP, pagándose dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes.

Debido al reconocimiento de la pensión de invalidez, negó el pago de los aportes pensionales. Negó la indemnización por culpa patronal de que trata el artículo 216 del C.S.T., por no existir prueba fehaciente que la demostrara.

Por último, lo que atañe a la solidaridad con el *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, manifestó que era procedente en los términos del artículo 34 del C.S.T., como quiera que se constituyeron los presupuestos de dicho articulado, ya que el conjunto aceptó en la contestación de la demanda que autorizó el ingreso del actor para desarrollar la labor, aunado a ello que es parte del objeto social del conjunto el mantenimiento de las zonas comunes, ya que los propietarios trasladan esa obligación a la administración y para ello pagan las correspondientes cuotas, por lo que los conjuntos residenciales pueden realizar estas labores bien con personal contratado directamente, o a través de contratos de obra o contratos civiles, pero como la norma lo indica, puede repetir con el mismo contratista cuando tiene la obligación de pagar algunos aspectos que se generaron con ocasión de los reconocimientos a esos trabajadores.

Esa situación fue la que ocurrió en este asunto, como quiera que el actor ingresó al conjunto por órdenes del señor *Alexander Álvarez García*, a fin de realizar un trabajo en las zonas comunes, trabajo que no hizo por iniciativa propia, ya que no se puede pasar por alto que le asistía al conjunto residencial en cabeza de sus representantes tomar las medidas necesarias para evitar un accidente en las labores a realizar, por lo que no se le pudo exonerar por el hecho de tratarse de una simple cotización respecto a un daño locativo, no se requiriera exigir los mínimos elementos de protección, aunado a que existía un grupo de vigilancia encargado de la seguridad del conjunto, por lo que debieron obrar con diligencia para evitar cualquier maniobra que pusiera en riesgo la vida del demandante, por el contrario lo dejaron actuar por su propio arbitrio.



Declaró no probada la excepción de prescripción, ya la demanda se presentó en el término trienal regulada en los artículos 488 del C.S.T. y 155 del C.P.T y de la S.S.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal* apeló la sentencia, señalando que no es cierto que el demandante hubiese ingresado a las dependencias del conjunto a realizar un trabajo, ya que como se colige de la totalidad de pruebas obrantes dentro del proceso, previamente para aceptarse la realización de un arreglo, existe un protocolo concerniente a recibir tres (3) tipos de cotizaciones derivadas de tres (3) contratistas diferentes.

En virtud de ello, el demandante fue en representación de uno de estos contratistas como fue el caso del demandado señor *Alexander Álvarez García*, es decir, que hasta la fecha del accidente el señor *Gildardo Martínez Florido* no ingresó como contratista ni como trabajador al conjunto, pues lo hizo a fin de realizar una cotización, la cual se podía hacer con el simple asomo desde la terraza, no obstante, el actor decidió subirse al tejado acudiendo para ello a una cama que extrajo del *shut* de basuras que tomó sin autorización, por lo que es evidente que no estaba obedeciendo órdenes.

Persiste en que previo a la realización del arreglo, la cotización debía ser aceptada por parte de la administración del conjunto, máxime si en el plenario reposan trabajos que en anteriores ocasiones se pactaron con el señor *Alexander Álvarez García* y que se solemnizaban con contratos de prestación de servicios, en el que además se deja establecido que el personal del demandado, debía estar afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social.

Respecto a la obligación que tenía el equipo de vigilancia de brindarle apoyo, tampoco hay lugar a dicha afirmación, pues es el mismo señor *Edilberto Moreno*, quien acompañó al actor al lugar del suceso, le manifestó que podía hacer la revisión desde el lugar que



lo dejó y le advirtió que se abstuviera de subir por cuanto era probable que se pudiera resbalar, lo que conduce a que el demandante hubiese actuado de manera negligente ya que tenía conocimiento de que se podía causar un daño en su humanidad.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, se determinará como único problema jurídico si el demandado *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, es solidariamente responsable de las condenas impuestas en primera instancia, como consecuencia de la declaratoria del contrato de trabajo que existió entre el señor *Gildardo Martínez Florido* en contra de *Alexander Álvarez García*.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche la existencia del contrato entre el demandante señor *Gildardo Martínez Florido* y el demandado *Alexander Álvarez García*, que tuvo una temporalidad de un (1) día, más exactamente el 22 de mayo de 2014, y que culminó por la ocurrencia de un accidente.



Tampoco se refutaron en la alzada las condenas impuestas por el *a-quo*, incluida la pensión de invalidez, por lo que las mismas se mantendrán incólumes en el estudio que realice la Sala sobre el presente asunto.

Ahora bien, en el trámite procesal, se recaudó el interrogatorio de parte de la representante legal del *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E – Propiedad Horizontal*, señora *Ana Cecilia Hermosa Valencia*, quien adujo ostentar dicho cargo desde hace ocho (8) años; manifestó que para el día del accidente, esto es, el 22 de mayo de 2014, no existía ningún tipo de contrato con el señor *Alexander Álvarez García*, por cuanto en días anteriores solo se habían solicitado unas cotizaciones respecto de unos trabajos que se tenían que hacer en el domo del edificio por cuanto se habían presentado algunas humedades, cotizaciones que también le fueron solicitadas a otros proveedores.

Que con las personas que hacen trabajos en el conjunto, previamente suscriben un contrato en el que se les solicita toda la documentación necesaria como lo es la afiliación a una ARL, no obstante, para el caso del demandante, quien fue a realizar una cotización, no era menester exigirle tal situación. Resaltó que el todero del edificio acompañó al demandante al sitio donde tenía que hacer la revisión de la cotización, que consistía en cambiar unas tejas en el domo.

Por su parte, el demandante expuso en su interrogatorio de parte que varias veces fue al conjunto a hacer enchapes y pintar, siendo la señora *Ana Patricia Hermosa* era la superior de su jefe, señor *Alexander Álvarez García*.

Que el día del accidente asistió al conjunto porque tenía que cambiar unas tejas las cuales no se encontraban allí, lo que conllevó a que tuviese que esperar al señor *Alexander Álvarez* quien era el encargado de traer las tejas de cambio, sin que fuera a realizar algún tipo de cotización, y cuando llegó al conjunto el señor *Edilberto Moreno* lo acompañó al lugar del arreglo. Seguidamente arguyó en su relato que cuando llegó



la teja ya se encontraba en el parqueadero, por lo que buscó dos largueros que eran los parales de una cama para cambiar la teja dañada, la cual se encontraban en el sótano.

Puntualizó que ningún miembro le ordenó ese cambio de la teja, y que no recuerda si el señor *Edilberto Moreno* le hubiese dicho que no se subiera a cambiar la teja por cuanto el sitio estaba mojado en razón de la lluvia del día anterior.

El testigo señor *Edilberto Moreno Mora*, trabajador del conjunto en el área de mantenimiento, adujo que no vio al demandante haciendo trabajos en el conjunto con anterioridad al día del accidente. Dijo que no sabe cuántas personas trabajaban subordinadas por el demandado.

Que el día 22 de mayo de 2014, él se encontraba haciendo unos arreglos dentro del conjunto y el vigilante lo llamó para que acompañara al demandante a cotizar un arreglo en la terraza, advirtiéndole al actor que no se fuera a subir a las tejas porque el día anterior había estado lloviendo, por lo que el sitio estaba resbaloso. Que luego que al accionante lo trasladó la ambulancia, se dio cuenta que había subido unos largueros de una cama que tenía guardada en un cuarto cerca al *shut* de basuras del primer piso, insistiendo que cuando el demandante ingresó al conjunto no tenía ningunas tejas.

La testigo *Nancy Stella Rodríguez Sotelo*, asistente del conjunto y quien trabaja hace ocho (8) años, refirió que conoció al demandante el día del accidente cuando fue a revisar el asunto de las tejas. Que el demandado tenía algunos contratos de prestación de servicios con el conjunto, pero estos se daban de manera esporádica.

Sobre el accidente, dijo que el actor cayó desde el sexto piso de la torre de la torre 6, hasta el segundo piso, siendo enfática en referir que no llevaba consigo tejas para cambiar, sino que únicamente iba a cotizar el arreglo que había que hacer en la terraza de la torre.



En ese orden de ideas, se corrobora que el actor sufrió un accidente al interior del conjunto residencial, el cual además se cataloga como de trabajo, en tanto el accionante se encontraba atendiendo las órdenes del señor *Alexander Álvarez*, a quien se declaró en primera instancia como empleador del actor, lo cual no fue objeto de alzada.

Ahora bien, en lo que atañe a la figura de la solidaridad, se debe acotar que se constituye en una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El artículo 34 del C.S.T., subrogado por el 3º del Decreto 2351 de 1965, dispuso:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*“2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas**”.* (Negrillas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias



del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL2262- 2018, Radicación 55373 del 20 de junio de 2018, en la que hace alusión a la SL4540-2014, Radicación No. 38651 del 5 de febrero de 2014:

“En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

“En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*“En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub iudice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.**”*

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de este (dueño), por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público cuando contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.



Puestas así las cosas, nótese que el fallador primigenio consideró que la solidaridad se había producido, en tanto el *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E – Propiedad Horizontal* permitió el ingreso del demandante a desarrollar la labor de mantenimiento del tejado, actividad que hace parte de su objeto social respecto al mantenimiento de las zonas comunes, labores que se pueden desarrollar con personal contratado directamente, o por intermedio de contratos de obra o de carácter civil, por ello que recayera la responsabilidad del conjunto demandado en cabeza de su representante legal, al no haber acatado las medidas necesarias para evitar el accidente.

Como primera medida debe señalar la Sala que no le asiste razón al *a-quo* el derivar la solidaridad por haberse permitido el ingreso del actor y no tomar medidas de protección o de seguridad. Ello en tanto no se emitió condena por la indemnización plena de perjuicio ni se consideró que la propiedad horizontal se constituyera como empleadora, por lo cual no es dable estimar que la responsabilidad de la accionada se derivara de haber actuado con negligencia frente a la adopción de medidas de seguridad.

En efecto, la pensión de invalidez cuyo pago se ordenó, se endilgó por el hecho de no haberse afiliado al actor a una ARL, responsabilidad que se constituye de manera objetiva frente a la ocurrencia de accidentes de trabajo y que no atiende a un actuar negligente del empleador, lo cual se corrobora además en tanto se absolvió al empleador de la indemnización plena de perjuicios.

Una vez determinado lo anterior, frente a la solidaridad en virtud del artículo 34 del C.S.T, se debe acreditar, el nexo causal entre el objeto social de la propiedad horizontal y la actividad desarrollada por el contratista.

Sobre el particular el artículo 1º de la Ley 675 de 2001, consagra que “*La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de*



copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad”.

Por ende, para los efectos de la Ley 675 de 2001, se evidencia que forman parte del objeto de la propiedad horizontal, los actos y negocios jurídicos que se realicen sobre los bienes comunes por su representante legal, relacionados en la explotación económica de los mismos que permitan su correcta y eficaz administración, con el propósito de obtener contraprestaciones económicas que se destinen al pago de expensas comunes del edificio o conjunto y que además faciliten la existencia de la propiedad horizontal, su estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular. Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 38887 del 24 de mayo de 2011, señaló:

“[...] precisamente el legislador con la expedición de la Ley 675 de 2001 pretendió la regularización de los edificios, conjuntos residenciales y demás unidades de vivienda social con miras a la regularización de aquellos entes, otorgándoseles la capacidad de ejercer derecho y contraer obligaciones de múltiples situaciones legales, que con anterioridad a la expedición de la ley resultaban casi inverosímiles. Desde aquel entonces, los bienes sometidos a la ley de propiedad horizontal tienen por objeto velar por la convivencia pacífica y la solidaridad social, a través de las autoridades administrativas creadas por la ley y regladas en cada caso concreto por los reglamentos de propiedad horizontal, pignorando cualquier responsabilidad de los copropietarios de cara a las actuaciones del ente administrador y quedando sometidos solamente a sus responsabilidades como propietarios frente a la unidad residencial, como el pago de cuotas ordinarias, nombramientos de autoridades internas, convivencia, etc.”, reflexiones de orden jurídico que, dada la vía escogida para el ataque y en la forma como se delimitó este, están por fuera de controversia en el presente cargo”.

En lo atinente a la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 del C.S.T, la Alta Corporación señaló con voz de autoridad en la sentencia SL14540-2014, Radicación No. 38651 del 5 de febrero de 2014:



“El Tribunal para deducir la solidaridad de la recurrente Edificio Terminal de Transporte de Ibagué S.A., respecto de la indemnización plena y total de perjuicios ocasionados por el accidente de trabajo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, consideró que aun cuando aquel no influyó en la contratación del trabajador accidentado, sí se benefició de la actividad desarrollada por el contratista y que ejecutó el trabajador, lo cual a su juicio es afín con el objeto social de aquella persona jurídica, en tanto que el mantenimiento y limpieza de la infraestructura del edificio donde operada el terminal hace parte de sus funciones.

“[...]

“Teniendo en cuenta el razonamiento que hizo el Tribunal en torno a la solidaridad y en perspectiva de lo que informan esos dos medios de prueba que se han relacionado con anterioridad, es claro que en efecto el sentenciador de alzada sí obtuvo una inferencia abiertamente equivocada, al concluir que como dentro de las funciones del administrador de la copropiedad se encontraba la de velar por el mantenimiento del edificio en general, la labor que contrató la sociedad Edificio Terminal de Transportes de Ibagué en calidad de contratante y Wilfredy Aguirre M como contratista, correspondiente a «Desmanchado y lavado ante techo parte superior interna de la Terminal en cantidad de 502.40 M2, pintura de 53 postes metálicos de alumbrado público y pintura de 5 astas para bandera», eran afines con el beneficiario de la obra.

“En efecto, el objeto de una Terminal de Transporte y su constitución como propiedad horizontal, no se enfoca a aquellas actividades de limpieza, pintura y desmanchado de sus propias instalaciones, que fueron las que se realizaron a través del contratista independiente, sino que su propósito está básicamente dirigido a administrar una copropiedad a la que se le dado un carácter público destinada al beneficio de la comunidad, como claramente se indica en el respectivo Reglamento que obra a folios 27277 a 308 del expediente.

“En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub iudice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se



cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Dichas consideraciones resultan aplicables al *sub-examine*, en tanto si bien la propiedad horizontal *en* cumplimiento de su objeto, atinente a la administración de la copropiedad, deba adelantar actividades como las de reparaciones locativas, dicha situación no implica que sea ese su objeto social, y por ende no se avizora que se predique una responsabilidad solidaria frente al contratista cuyo objeto social si se constituye en obras o reparaciones de infraestructura, motivo que impele a revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver al *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, de todas las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2018 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** al *Conjunto Residencial Santa Bárbara Norte Manzana E –Propiedad Horizontal*, de todas las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

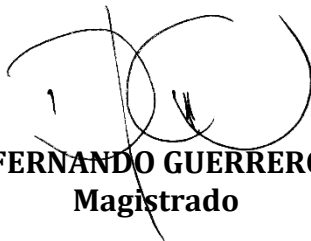


SEGUNDO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a costas procesales de primera instancia únicamente al accionado *Alexander Álvarez García*.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

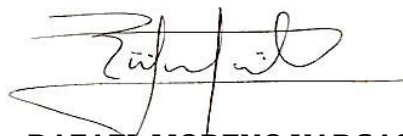
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 09 2017 00794 01
Demandante: MARTHA INÉS MUÑOZ NEIRA
Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE
DESARROLLO - FONADE
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Inés Muñoz Neira* presentó demanda ordinaria laboral en contra del *Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE*, a efectos que se declare la existencia de la relación laboral entre las partes del 6 de diciembre del 2005 al 1° de diciembre del 2015, la cual finalizó por un despido indirecto.

En consecuencia, peticona se condene a la encartada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, al pago de los derechos salariales y prestacionales contemplados en el Pacto Colectivo, la indexación de las sumas adeudadas, su reintegro a un cargo equivalente en la entidad y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar para la encartada mediante contrato No. GO2005548 del 6 de diciembre del 2005, en su calidad de Administradora de Empresas, para laborar con lo concerniente a la información



contable de los proyectos de Banca Multilateral, contrato que se fue prorrogando hasta el 1° de diciembre del 2015.

Igualmente, aduce que mensualmente debía cancelar los aporte al Sistema Integral de Seguridad Social y cumplió personalmente las labores encomendadas, de forma continua y subordinada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opone a las pretensiones aduciendo en síntesis que la actora suscribió sendos contratos de prestación de servicios cuyo objeto fue prestar apoyo profesional, contable y financiero al área de Desarrollo Económico y Social para asignar asistencia a los convenios que le sean asignados por su supervisor, ciñéndose a los parámetros previstos en la Ley 80 de 1993.

Propuso como medios exceptivos previos los que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y de fondo los que denominó cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de septiembre del 2019 decidió absolver al *FONADE* hoy *Empresa Nacional de Desarrollo Territorial*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de falta de causa para pedir.

Para tal efecto refiere que se evidencia de los contratos, que las labores encomendadas a la actora, entre otras, comprendían la elaboración de informes contables y financieros, realizar registros contables, clasificación y archivo de los informes contables, elaborar conciliaciones bancarias y revisar comprobantes de egreso entre otros.

Refiere que de la documental aportada solo da cuenta de una relación contractual, pues ni siquiera dan cuenta de la prestación personal del servicio, tampoco existe prueba alguna de que la labor fuera desarrollada bajo continúa subordinación, o con el cumplimiento de un horario o si quiera que los servicios debieran ser prestados en las instalaciones de la entidad.



De cara a lo enunciado para la *a-quo* no hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral, y en consecuencia tampoco es dable acceder a las pretensiones incoadas en contra de la pasiva.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que el fallo resultó totalmente adverso a los pedimentos elevados por la libelista, se analizará la providencia en el grado jurisprudencial de consulta a favor de la promotora de la litis.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico si entre las partes existió una relación de carácter laboral; en caso afirmativo, se procederá a determinar si le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento y pago de las acreencias laborales de orden legal y extralegal anheladas, así como al reintegro petitionado.

c. Del Vínculo Laboral:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe indicar la Corporación es que la hoy convocada a juicio, *Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-*, acorde lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 495 del 2019 es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero que a partir de la expedición de la mentada norma pasó a denominarse *Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial*.



Debe rememorarse que es la ley y no la voluntad de las partes, la que define cuando un servidor oficial es trabajador oficial o empleado público, por lo que incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya dado la entidad empleadora, no es criterio válido para definir tal aspecto. En el caso presente, la entidad demandada es una *Empresa Industrial y Comercial del Estado*, las cuales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 por regla general sus empleados ostentan la calidad de trabajadores oficiales, con excepción de aquellas personas que según los Estatutos ostenten la calidad de Empleados Públicos por desarrollar actividades de dirección o confianza.

En el caso en particular el Acuerdo 03 de 2004, previó en su artículo 27:

“Artículo 27. Clasificación de los servidores. Para todos los efectos legales, las personas que prestan sus servicios al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, tendrán el carácter de Trabajadores Oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, con excepción de quien desarrolle las actividades correspondientes a los cargos de Gerente General, Subgerentes, Asesor de Control Interno o quien haga sus veces y Asesor Jurídico, quienes tendrán la calidad de empleados públicos.”

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su párrafo:

*“**PARAGRAFO 1o.** A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”*

En claro lo indicado, procedió esta Corporación a realizar un análisis concienzudo de los medios probatorios arrimados al presente proceso, constatando que el único sustento probatorio de la relación laboral alegada por la hoy demandante radica en los sendos contratos de prestación de servicios y certificaciones de los servicios prestados, con ocasión a los 20 contratos suscritos con la pasiva entre el 6 de diciembre del 2005 y diciembre del 2005, cuyo objeto contractual si bien fue variable, se contrajo a brindar apoyo contable y financiero a diferentes áreas de la entidad, como el grupo de Banca Multilateral, al Área de Desarrollo Económico y Social, el Área de Ejecución y



Liquidación, entre otras; aportando de igual manera los soportes correspondientes del pago de los aportes a seguridad social a su cargo (Fls 93 a 115), los derechos de petición elevados a la pasiva en aras de obtener el pago de las acreencias laborales y las respuesta negativa suministrada por la entidad (Fls 3 a 7). A más de una copia del Pacto Colectivo de *FONADE* del 19 de diciembre del 2007.

Documentales de las cuales se desprende con claridad que todas las labores encomendadas radicaban en brindar asesoría financiera y contable, así como la elaboración y gestión documental propios de dichas áreas, estando sujeta a la supervisión de la persona designada en cada uno de los contratos. No obstante lo precedente, no avizora la Sala probanza alguna que nos permita establecer con nitidez la forma en que la demandante desarrolló las labores a su cargo, no siendo dable establecer con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la gestión encomendada a su cargo.

Así las cosas, debe recordar la Sala que la relación laboral que rige la contratación de los trabajadores oficiales debe estar precedida de la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, a saber: la prestación personal del trabajador, la dependencia del trabajador respecto del patrono que otorga a este la facultad de imponer un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento de forma prorrogada y la retribución salarial. Destacando que por mandato del artículo 20 de la precitada normativa, se presume la existencia de la relación laboral respecto de quien acredite la prestación personal del servicio.

Corolario de los presupuestos facticos y jurídicos enunciados, dimana lógico indicar que el escaso material probatorio aportado al plenario no permite si quiera establecer con contundencia la prestación personal del servicio de la demandante, pues si bien obra constancia de los contratos de prestación de servicios que rigieron la relación entre estos, no hay forma de determinar si la ejecución de los mismos fue desarrollada de forma personal por la demandante. Aunado a lo anterior, aún si en gracia de discusión, diéramos por sentada la prestación personal del servicio, en modo alguno puede hablarse de subordinación en tanto se desvirtuó la misma, toda vez que la pasiva no ejercía sobre la demandante un poder disciplinario, no le impuso el cumplimiento de un horario ni le suministraba si quiera los elementos de trabajo o la conminara a desarrollar las labores asignadas dentro de las instalaciones de la entidad.



Así pues, únicamente existe constancia de la figura de un supervisor del contrato, lo que en modo alguna denota la existencia de subordinación, máxime cuando nuestra Corporación de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral ha precisado de forma enfática que las labores propias de coordinación que se generan en el marco de un contrato de prestación de servicios no comportan la configuración del elemento de la subordinación, predominante en las relaciones laborales. Criterio sentado, entre otras en la sentencia SL-4444 del 2019 con Rad. 55413 del 16 de octubre del 2019, en la que se rememora:

*“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices que sobre el juego del fútbol imparta la FIFA, determinaran el partido que debería arbitrar el demandante, la hora en que se disputaría y la sede del mismo, **pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por si mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:***

*“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión** o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.*

“Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación”.

En tal medida, es patente afirmar que la promotora del presente juicio no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, por cuanto no probó



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

los supuestos de hecho que consagran las normas jurídicas cuyo efecto jurídico pretendía alcanzar por medio de la presente *litis*.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto el presente asunto se analizó en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

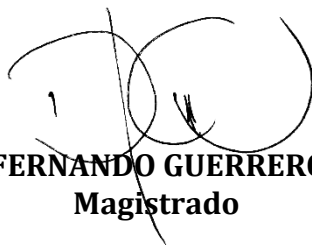
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto el presente asunto se analizó en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **35 2017 00207 01**
Demandante: CARLOS ALBERTO LÓPEZ CASTILLO
Demandado: COLPENSIONES Y CRISTALERÍA PELDAR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Como quiera que Colpensiones allegó un poder, en virtud del mismo se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con C.C No 51.713.048 y T.P 67.612 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por los extremos demandados, en contra de la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, así como su estudio en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas en los términos que trata el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor *Carlos Alberto López Castillo*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* con la finalidad que se declare que es beneficiario del régimen de transición regulado en la Ley 100 de 1993, y por consiguiente le es aplicable lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, pensión especial de vejez, a partir del cumplimiento de los 50 años de edad.

Por consiguiente, se condene a la entidad accionada al pago de dicha prestación económica a partir del 22 de octubre de 2010, reconociendo 14 mesadas pensionales anuales, así como al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 22 de octubre de 1960, por lo que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones* un total de 1.642 semanas, ejerciendo actividades de alto riesgo con el empleador *Cristalería Peldar S.A.*

Que al 1º de abril de 1994 contaba con más de diez (10) años de cotizaciones, no obstante la encartada mediante Resoluciones GNR 313233 del 13 de octubre de 2015, GNR 166501 del 8 de junio de 2016 y VPB 36918 del 22 de septiembre de 2016, negó el reconocimiento de la pensión especial, con el argumento que *Cristalería Peldar S.A.* no había efectuado la cotización especial de seis (6) puntos de que trata el Decreto 1281 de 1994 y los diez (10) puntos adicionales de que trata el Decreto 2090 de 2003.

Seguidamente refirió que la empresa *Cristalería Peldar S.A.* certificó su desempeño en el cargo de labores varias *-Operador Tractomula-*, actividad que se desarrolló con exposición a la *Sílice Cristalina* y a sustancias comprobadamente cancerígenas



durante turnos de ocho horas, al igual que al *Asbesto*, siendo estas sustancias uno de los principales factores de riesgo ocupacional por exposición.

Que *Colpensiones* no efectuó las acciones de cobro que faculta la Ley 100 de 1993, para que su empleador realizara en su totalidad los aportes por actividades de alto riesgo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, precisando que, en atención a los postulados legales y jurisprudenciales, al actor no le asiste el derecho prestacional por cuanto no está comprobado que haya desempeñado actividades de alto riesgo, y por tal razón, tampoco es procedente la imputación de los intereses moratorios regulados en la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la denominada genérica.

En proveído fechado el 16 de mayo de 2018 (Fls 268 a 270) se declaró la nulidad de la sentencia proferida el 24 de abril de 2018, en atención a que el *a-quo* no vinculó al proceso a la *Cristalería Peldar S.A*, situación necesaria para adoptar decisión de fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del C.G.P., frente a lo cual se dispuso su vinculación al plenario, operando la *litis contestatio* señalando que el actor al 1º de abril de 1994 contaba con menos de quince (15) años de servicios y menos de cuarenta (40) años de edad, por lo que no le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 1281 de 1994, aunado a que nunca desempeñó actividades de alto riesgo como así lo arguye en el *petitum* de la demanda, por lo que los aportes pensionales se realizaron en legítima forma.



Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de julio de 2019, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez de alto riesgo al actor, con 14 mesadas pensionales al año e intereses moratorios.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que para el 23 de junio de 1994, cuando entró en vigencia el Decreto 1281 de 1994, el actor no contaba con 40 años de edad, dado que nació el 22 de octubre de 1960; no obstante, si reunió los 15 años de cotizaciones tal como se aprecia de su historia laboral, por lo que era beneficiario del régimen de transición establecido en dicha normativa, en concordancia con lo regulado en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, ya que a la vigencia de este último, ostentaba más de 500 semanas de aportes en actividades de alto riesgo, según los conceptos mencionados en la sentencia C-663 de 2007, teniendo en cuenta que las cotizaciones se realizaron al servicio de la *Cristalería Peldar S.A.*

Adicionalmente, que contaba con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditando más de 1000 semanas de cotización exigidas en la Ley 797 de 2003, para la fecha de la vigencia del Decreto 2090 de 2003, de ahí que el estudio pensional del actor se efectuara a la luz del artículo 15 del Decreto 758 de 1990.

Que de las pruebas obrantes dentro del plenario, se evidenció que el señor *Carlos Alberto López Castillo* en efecto estuvo sometido a actividades de alto riesgo en *Cristalería Peldar S.A* en la labor realizada, expuesto a sustancias como la *Sílice* y el



Asbesto, las cual eran altamente cancerígenas, sumado a que dentro de las materias primas utilizadas para la fabricación de vidrio, se pudo advertir que las sustancias también se encuentran en el ambiente donde laboran los trabajadores, incluido el aquí demandante.

Precisó que si bien las funciones especificadas en la historia ocupacional realizadas al actor, no se establece que haya manipulado de manera directa el *Asbesto*, si se demostró que este se encontraba por lo menos en la primera época en que estuvo vinculado, de manera libre en el ambiente de la empresa en las áreas donde prestó sus servicios.

Así las cosas, concluyó que en atención del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, el demandante ostentó 2.015,782 semanas, por lo que supera ampliamente las exigidas en la normativa en comento, puntualizando que de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales, era obligación que sobre sus cotizaciones le fuesen incrementados los puntos adicionales contenidos en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 respectivamente, recalcando que la falta de cotización de la empleadora, no era óbice para que *Colpensiones* no reconozca la prestación.

Que en tal sentido, era merecedor de la pensión especial de alto riesgo regulada en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990. Sobre la fecha del reconocimiento de la pensión, decidió que al tener 2.015.82 semanas, las 750 semanas continuas o discontinuas reguladas en el Decreto 758 de 1990 de alto riesgo, solo se acreditaron con la empleadora *Cristalería Peldar S.A*, y no para las demás empresas en las que laboró el actor, por lo que restó las semanas cotizadas a dichas empresa, para el cómputo de la reducción de los años por las semanas cotizadas.

Por ello, consideró que el demandante contaba con 1.786.83 semanas cotizadas como de alto riesgo, por lo que cuenta con 1.036.83 adicionales a las 750 semanas que reguló el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, correspondiéndole una disminución de



20 años sobre la edad dispuesta en la ley para el reconocimiento de la pensión de vejez, que lo era a los 40 años; no obstante, al seguir vinculado laboralmente con la empresa el actor y en tal sentido, no acreditó la novedad de retiro consagrado en el artículo 13 del mentado Decreto 758 de 1990, por lo que supeditó el derecho para el disfrute hasta la fecha de dicho retiro.

Además puntualizó que, en lo concerniente al monto de la pensión, el derecho se debía calcular según lo regulado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, y en virtud de las 2.015.782, debía aplicarse una tasa de reemplazo del 90%. En cuanto al IBL, lo dispuso en atención del artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, ordenando a la entidad calcularlo en un lapso de seis años y cuatro meses contados hacia atrás desde la última cotización que se vaya a realizar, en atención a que el derecho lo adquirió a partir del 22 de octubre de 2000, promediando los IPC debidamente actualizados.

Asimismo, ordenó el pago de 14 mesadas pensionales al año, en virtud a que obtuvo el estatus pensional a partir del 22 de octubre como consecuencia de la densidad de semanas cotizadas.

Frente a los intereses moratorios, absolvió sobre esta pretensión con el argumento que el actor no se encuentra retirado del sistema, y por consiguiente no ha causado el pago de las mesadas pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada *Cristalería Peldar S.A*, apeló la decisión bajo el entendido que dentro del expediente no quedó demostrado que el demandante hubiese realizado una actividad de alto riesgo, en la medida que conforme a cada uno de los estudios que el Despacho refirió, en ninguno de ellos se centran específicamente a las áreas donde el actor ha venido desempeñando sus labores y cargos, máxime si con la contestación



de la demanda se allegaron documentos que desvirtúan la exposición de alto riesgo del demandante.

Que en relación con el estudio de polvo de los años 1992 y 1994, varios de ellos se refieren a mediciones de material particulado, sin que dentro de su contenido se hubiese medido alguna sustancia de tipo cancerígeno, además porque no se refiere a que las exposiciones se hicieren en los cargos desempeñados por el demandante; por esto, que no deba estar obligada a realizar cotizaciones de alto riesgo.

Por su parte, *Colpensiones* coadyuvó el argumento de *Cristalería Peldar S.A.*, en el sentido que no se logró demostrar que el actor estuviese expuesto a sustancias cancerígenas, ya que a pesar de existir informes que dan fe de las sustancias, las actividades y labores del actor no se enmarcan dentro de este tipo.

También enfatizó que, en caso de ser condenada por esta prestación, se le autorice para hacer el cobro de los puntos adicionales a la sociedad *Cristalería Peldar S.A.*

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Así las cosas, no existiendo nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para resolver de fondo, la Sala determinará si el señor *Carlos*



Alberto López Castillo realizó al servicio de la sociedad *Cristalería Peldar S.A* funciones en actividades catalogadas como de alto riesgo, y de ser así, se verificará si cumplió los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión especial de vejez pretendida.

c. Del caso en concreto:

Para desatar la controversia planteada, en primer lugar, debe señalarse que la pensión especial pretendida, se concede a aquellos trabajadores que cumplen labores que implican un mayor riesgo, pues se pretende amparar a las personas que, por su actividad, oficio o profesión, se encuentren expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud, pues ello les genera una menor expectativa de vida o se encuentran, en todo caso, en un mayor nivel de siniestralidad.

En punto de ello, los requisitos para obtener una pensión especial de vejez, son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos a riesgos de carácter laboral y, en consecuencia, se prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional. Sin embargo, no basta con acreditar que la empresa clasifique como de alto riesgo las funciones, o afirmar que se estaba expuesto a actividades laborales que impliquen lo antes explicado, sino que ello debe probarse por la parte interesada, conforme se establece en el artículo 167 del CGP, es decir, el actor debió haber probado el cumplimiento de dicho requisito.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que se debe acreditar que en efecto se haya prestado el servicio en dichas actividades para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, para lo cual, como se sostuvo en sentencia SL4616-2016, Radicación No. 47244 del 13 de abril de 2016 que:



“[...] Las disposiciones legales que consagran pensiones especiales para los trabajadores en consideración al particular oficio que realizan, exigen que se cumpla exactamente el tiempo de servicios en la actividad correspondiente”, pues, “Lo que explica el tratamiento preferencial de esta categoría de trabajadores no es sólo el que realicen dichas actividades, sino los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad [...]”.

Igualmente ha expresado la Alta Corporación que, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no es menester allegar la calificación de actividad por parte de la autoridad administrativa y/o, según la norma que regule el asunto, de las dependencias de salud ocupacional del ISS, pues existe libertad probatoria, sentencias SL3476-2016, Radicación No. 50481 del 16 de marzo de 2016 y SL 22189-2017, Radicación No. 53496 del 5 de diciembre de 2017.

Aclarado lo anterior, se tiene que se pretendió la concesión de la pensión especial de vejez regulada en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, el cual reguló que dicha prestación se concede a aquellos trabajadores que a continuación se relacionan:

- “a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;*
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;*
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,*
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas”.*

Actividades anteriores que debió acreditar el demandante desarrolló, y no otras, pues así lo reguló la norma de la que pretende se desprenda su derecho.



En este punto, sea lo primero indicar que el aquí demandante en la actualidad se encuentra vinculado laboralmente con la sociedad *Cristalería Peldar S.A*, como así quedó consignado de las pruebas que obran al plenario, aspecto que también se dedujo de la contestación de demanda allegada por la accionada.

Del caudal probatorio recaudado, se tiene que conforme con la historia ocupacional del demandante, visible a folio 55 del expediente, el demandante labora para *Cristalería Peldar S.A.* desde el 27 de noviembre de 1984, desempeñando diferentes cargos tales como:

- 1. LABORES VARIAS** desde el 27 de noviembre de 1984 hasta el 21 de mayo de 1987, siendo responsable por la ejecución de trabajos como ayudante de otros trabajadores o de tareas específicas de aseo, limpieza y movimiento de materiales, labores que debían ejecutarse en cualquiera de las dependencias de la planta, realizando sus actividades con manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas, entre otros, labor que principalmente realizaba en bodegas y despachos, existiendo en ese espacio galerías para la ubicación de láminas de vidrio plano, tractor, elementos para recoger retal de vidrio, cajas y papel.
- 2. OPERADOR TRACTOMULA** desde el 22 de mayo de 1987 a la fecha de la certificación, esto es, hasta el 23 de mayo de 2016, cargo en el que es el responsable del equipo de monta cargas para el cargue y descargue de producto terminado y material de empaque, responsable por el suministro del material de empaque a la zona de ensamble de cartón, teniendo que trasladar el producto terminado de los estibadores a la zona de almacenamiento y a la zona de cargue, además del casco reciclado a la zona indicada, actividad que desarrolló con equipo de monta cargas en el área de selección.



Con anterioridad a los periodos ya referidos, tuvo contratos de trabajo a término indefinido desde el 21 de mayo hasta el 7 de julio de 1979, 9 de agosto hasta el 22 de noviembre de 1979, 27 de noviembre de 1979 hasta el 9 de marzo de 1980, 13 de marzo hasta el 11 de abril de 1980, 17 de abril hasta el 31 de julio de 1980, 25 de febrero hasta el 9 de julio de 1983, 26 de julio hasta el 22 de octubre de 1983, y del 25 de septiembre hasta el 24 de noviembre de 1983.

En el transcurrir del trámite, se recaudaron los testimonios pedidos por la parte demandante, de los señores *Antonio Rodríguez Galindo* y *Armando Antonio Jara Zambrano*.

El primero indicó, que trabaja en el Área de Control de Calidad de la empresa y que conoce al demandante hace 31 años por ser compañeros, dejando claro que cuando ingresó a la Cristalería el actor ya trabajaba ahí, por lo que le consta que este desempeñaba labores como Operador de Monta Carga dentro de las instalaciones de la fábrica y en el perímetro donde se producía el vidrio; que en la actualidad el actor se desempeña como Operador de Paletizado, dando fe de sus dichos en tanto siguen siendo compañeros de trabajo.

Que aproximadamente en el año de 1998, la empresa comenzó a implementar los comités de salud ocupacional porque la labor de montacarguista era básicamente en transportar los productos ya embalados hacia las bodegas, también se llevaban unos elementos en los que se depositan los residuos de envases ya desechados, debiéndose trasladar por toda la empresa hasta la parte de atrás de las bodegas y chuts de recuperación de estos materiales, existiendo también almacenamiento de lo que son las *arenas sílices* para nuevamente hacer el producto, y también se hacían labores de llevar materiales al almacén o a las mismas máquinas formadoras, transportando lubricantes y otras materias que se necesitaban para las labores.



Con relación al *Asbesto*, dijo que el equipo de seguridad brindado por la empresa son las mascarillas y hace poco implementó un sistema para la recolección de partículas, y que, con relación a la limpieza del piso de la fábrica, antiguamente se barría y después se aplicaba aserrín mojado para evitar la polución.

Señaló que el actor hizo el trabajo de mulero y después de paletizado, verificándose el cambio de labores en tanto la empresa tercerizó la labor de monta carga, de ahí que se produjera la reubicación de áreas, adicional a que el demandante tiene una prescripción médica. Explicó que la labor de paletizado es en donde llegan los envases, siendo un sistema de almacenamiento del envase consistente en una máquina paletizadora que va enviando los envases y el operador tiene que colocarle un separador en cartón hasta que se forme el envasado envuelto en plástico, labor que se desarrolla dentro de la fábrica de la *Cristalería Peldar S.A*, esto es, al interior de la fábrica.

El declarante *Armando Antonio Jara Zambrano*, adujo que es pensionado de la empresa desde el año 2010, conociendo al actor desde finales de 1978 cuando los dos trabajaban en la Cristalería, por ende, conoce de las labores desarrolladas por el señor *Carlos Alberto* durante el transcurrir del tiempo, así como que este en la actualidad sigue vinculado como empleado en el cargo de Operador de Paletizados, ubicado dentro de la planta.

Que como Operador de los Paletizados es el encargado de recibir la producción que viene de la parte de las archas, por lo que está pendiente de colocar el cartón y que la producción salga en buen estado, teniendo claro en qué consiste la labor porque aduce que en un tiempo trabajó en la misma sección y después los distribuyeron para varios actividades, en ese momento al actor lo trasladaron a esa área, labor que siempre se desarrolló en la planta de Cogua.



En lo que respecta a la sustancia de *Asbesto*, desde el año 2000 la empresa empezó a crear unos comités paritarios de salud, suministrando implementos de seguridad que consistían en tapa bocas y tapones para los oídos por cuestiones de la polución.

Que el demandante trabajó en la actividad de montacarga aproximadamente hasta el año 2010, que fue cuando desaparecieron estos cargos, desarrollando el trabajo en la parte de selección y decoración, que era donde se retiraba la producción de las máquinas para llevarlas hacia las bodegas, teniendo que efectuar su actividad prácticamente en toda la planta, así como cuando se hacían las limpiezas en las áreas debían barrer el piso, y cuando se dio lo de la polución, recomendaron barrer con aserrín y ACPM.

Por último, sintetizó que debían sacar hacia el área de materias primas todo el casco que no servía de unos elementos y desocuparlos, y por el lado de hidropiano tenían que pasar a alimentar la producción de las máquinas en la parte donde estaban las archas, actividad que hacían en campo abierto, es decir, por donde pasaban los carros y volquetas.

El testimonio del señor *Carlos Jaime Gómez Ramírez*, decretado a favor de la *Cristalería Peldar S.A*, mencionó que conoce al demandante desde hace 20 años producto de la actividad laboral, puntualizando que actualmente labora como Operador de Paletizado, en el área de producto terminado de bodegas, ubicado en el área fina del proceso de fabricación de envases de vidrio y que se encuentra dentro de la planta.

Que la labor de Operador de Paletizado, es un equipo de una máquina que conforman las estibas de envases que se construye piso por piso, implemento que es automático, por lo que el actor debe vigilar se cumplan los ciclos que tiene programados y poner



varios elementos para la construcción, indicando que la fabricación de vidrio no genera *asbesto*.

Dijo tener conocimiento que el demandante fungió como Operador Paletizado aproximadamente desde el año 2008 o 2009, ya que antes trabaja en monta carga, actividad consistente en recoger las estibas del producto terminado y llevarlo a los camiones para los clientes, o en su defecto lo ubicaba en las bodegas, y que desarrollaba en las bodegas de producto terminado y en las de almacenamiento de insumos para empaque de productos, las cuales estaban ubicadas entre unos 200 o 500 metros del área de materias primas, pero sin tener contacto con estas últimas.

Que las materias primas son almacenadas en silos, que son edificios verticales o contenedores que están separadas cada una de ellas y se almacenan en la parte inicial de todo el proceso, un área totalmente independiente y se comunica con el área de proceso productivos a través de transportadores cubiertos donde lleva la mezcla a los silos de los hornos, pero es totalmente independiente del área productiva, al igual que puntualizó que las materias primas para fabricar el vidrio son fundamentalmente arena, carbonato de sodio, carbonato de calcio, feldespato, pero sin que se utilizara *Asbesto* para el procedimiento.

Ahora bien, de las pruebas documentales, se aprecia:

i) A folios 61 a 71, obra el documento denominado "*Materia prima utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general y el cáncer en particular*", realizado en septiembre de 1991 a abril de 1992 por el Grupo Guillermo Fergusson, que no fue tachado de falso, el cual hace un enfoque de la toxicidad de las materias primas utilizadas por la *Cristalería Peldar S.A*, precisando en lo que concierne al tema del *Asbesto*, que era utilizado en forma sólida, y tras su manipulación existía gran cantidad de emisión de partículas y polvos que lo hacían peligroso, y que la



manipulación era manual en actividades de tallado, sumado a que las fibras eran prácticamente indestructibles, ya que al ser tan finas se encontraban en el aire sin que nunca se asentaran, siendo atrapadas por el aparato respiratorio y llegan al alvéolo sin generar obstáculo alguno, por ello que se generen células cancerígenas, pues se produce asbestosis, enfermedad que provoca la pérdida de funcionalidad de los pulmones.

ii) A folios 76 a 90, obra el estudio de polvo, ruido y temperatura realizado a la empresa por el Instituto de Higiene Ambiente y Salud Ltda. – Salud Ocupacional – Ingeniería Ambiental del mes de septiembre de 1992, en el que se señala que la *Silice* es respirable con contenido de más de 2%, presentando límites permisibles y condiciones bajo las cuales se espera que los trabajadores puedan exponerse repetidamente sin presentar efectos nocivos para la salud. Las concentraciones se refieren a promedios ponderados para jornadas de 8 horas diarias, concluyéndose que todo el personal que labora en la planta térmica, molinos, materia primas y planta de arena, están expuestos a concentraciones de polvos silíceos, aunque la exposición diaria no sea de 8 horas.

iii) En folios 91 a 121, milita otro informe del Instituto de Higiene Ambiente y Salud Ltda. – Salud Ocupacional – Ingeniería Ambiental, de estudios polvos totales y respirables emitido en diciembre de 1994, determinándose que en la tolva de materias primas de envases el grado de riesgo calculado es alto en lo que concierne a la sustancia de *Silicio*, descargándose casco en el multisilo y materias primas de envase en la tolva, siendo un área de circulación obligatoria para el personal de la planta. En esa misma área se encuentran ubicados los baños y los vestidores de los trabajadores, ya que la tolva se encuentra localizada contra un muro y toda el área está cubierta con teja eternit, por lo que el polvo que se levanta en el momento del descargue de las volquetas con las materias primas se esparce contaminando todo el ámbito.



iv) En los folios 144, se encuentra el informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos – material particulado, proferido por Suratep en marzo de 2001, concerniente a las evaluaciones ambientales de los diferentes factores de riesgo que hacen parte de las actividades que se deben desarrollar en higiene industrial y se convierte en una herramienta de gran importancia para el correcto desarrollo de salud ocupacional, y cuyo objetivo es cuantificar las concentraciones de material particulado en las áreas de mezclas de materias primas y hornos de envases de la empresa ubicada en Cogua. Allí se indicó que las concentraciones de material particulado halladas en el horno de envases y mezclas de materias primas provienen en su mayor parte del área de descargue de materias primas, ya que el sistema de colector de partículas es insuficiente para las concentraciones que allí se generan.

v) A folios 168 a 169, aparece un escrito emitido por la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, en el que se emitió un concepto que la *Sílice* como materia prima fundamental del proceso de la fabricación del vidrio, ha sido incluido por la Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de IARC, como probable cancerígeno en humanos desde 1986.

vi) En folios 170 a 181, reposa el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 24 de marzo de 2006, se analizó el origen de la patología “*mesotelioma maligno de tipo epitelial*” padecida por el señor *José Miguel Quiroga Larrota*, quien según el informe de Suratep ARP de la inspección de puesto del área de selección de envases de *Cristalería Peldar S.A*, laboró al servicio de la demandada desde 1978, en el área de decoración de envases donde estuvo 10 meses y su función fue la de barrido, organización de elementos, movimiento de canecas, y en la sección de selección de envases durante 254 meses desde 1979 hasta su retiro que tuvo lugar en febrero de 2001, hallándose además que su labor fue de control de calidad de producto, hacer el empaque de cajas de cartón y control de calidad en las dos líneas de producción, que se ubicó en el primer piso de la planta y los elementos de



protección constaban de overol, botas de seguridad, gorro, gafas de seguridad, protectores auditivos de inserción y guantes de hilo. En las condiciones descritas, la Junta concluyó que:

“ [...] existe claridad que las fibras de asbesto se encuentran presentes en el medio ambiente de dicha empresa hoy en día, es decir, que el principal factor de riesgo para mesotelioma pleural identificado en múltiples estudios epidemiológicos se ha encontrado presente en dicha fábrica desde hace varias décadas. De otra parte, como factor coadyuvante para el desarrollo de la patología se encuentra el antecedente de fumador desde la edad de 12 años, y el cigarrillo solo no produce cáncer de pleura, pero si es un factor que favorece su aparición en presencia de inhalación de fibras de asbesto. De acuerdo, con los fundamentos de hecho, derecho y las fuentes de la literatura médica consultada, el diagnóstico que sufrió y causó la muerte del señor José Miguel Quiroga Larrota se determina como una enfermedad profesional porque su exposición laboral al asbesto se constituye como una causa obligadas y directa de su trabajo”.

vii) De otra parte, en lo que toca al Manual de Agentes Carcinógenos de los Grupos 1 y 2A de la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer (IARC), de Interés Ocupacional para Colombia visible a folios 376 a 378, de autoría del Ministerio de la Protección Social¹, arrimado por la parte demandada, en el que se refiere que los agentes (sílice cristalina, asbesto, cromo VI, cadmio, cobalto y plomo) utilizados en la Manufactura de vidrio (decorativo, recipientes y artículos prensados) están catalogados por la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer-, *International Agency for Research on Cancer* (IARC) - dependencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS) dentro del grupo 2 A, es decir, que son probablemente carcinógenos para los seres humanos, también se evidencia en tal obra que el asbesto y la sílice cristalina son agentes cuya ruta de exposición es por inhalación y están incluidos dentro del Grupo 1 es decir, existe suficiente evidencia de ser carcinógenos en humanos.

¹ <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/INCA/Manual-agentes-carcinogenos-2006.pdf>



Adicionalmente, la Sala consultó el instrumento “*Colombia CAREX – 2012, Población asegurada Sistema de información sobre la exposición ocupacional a agentes carcinógenos para Colombia*”², del Ministerio del Trabajo y del Instituto de Cancerología de Colombia, en el que se señala que dentro de los cinco agentes carcinógenos con mayor número estimado de población expuesta se encuentra en segundo lugar la *sílice cristalina* y dentro de los primeros lugares también el *asbesto*; que en número y proporción de trabajadores para el sector fabricación de vidrio y productos de vidrio, cuya población asegurada era de 8.312, existen para *Sílice cristalina* (cuarzo - cristobalita) un total de 2.494, de acuerdo con el valor consensuado por los expertos colombianos y de asbesto un valor en promedio de 10 trabajadores dentro todos los países consultados en la obra.

Apreciadas en su contexto la totalidad de pruebas antes mencionadas, se logra concluir que se acreditó que el actor desarrolló actividades de alto riesgo para la salud a favor de su empleadora y que estuvo expuesto a sustancias o partículas cancerígenas por haberlas manipulado o haber estado en contacto con ellas al menos hasta la fecha de la presentación de la demanda; pues se logró evidenciar que *i)* La *sílice* y el *asbesto* son sustancias comprobadamente cancerígenas; *ii)* Dentro de las personas que tenían mayor nivel de exposición a la *sílice* se encontraban los de aseo de bandas y áreas comunes y los que tenían a cargo operaciones de manipulación del vidrio terminado o sus subproductos o reciclaje, funciones que corresponden a las desempeñadas por el actor en atención a los cargos que ha venido desarrollando; *iii)* Que de acuerdo con el estudio de puesto de trabajo y de las condiciones laborales de un trabajador que ocupó algunos de los cargos desempeñados por el actor en épocas similares, la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que la patología cáncer de pleura que produjo su fallecimiento, era de origen laboral y se debió a su exposición al asbesto por cuanto ello era una causa obligada y directa de su trabajo; y *iv)* Los informes de la administradora de riesgos laborales efectuadas hasta 2001 dan cuenta de que los

²<http://fondoriesgoslaborales.gov.co/documents/publicaciones/guias/Colombia%20CAREX.pdf>



trabajadores se encontraban en frecuente exposición a factor de riesgo respiratorio como material particulado (polvo), ya que el sistema de colector de partículas es insuficiente para las concentraciones que allí se generan.

Lo anterior, se sopesa más aún con las declaraciones de los señores *Antonio Rodríguez Galindo* y *Armando Antonio Jara Zambrano*, el primero quien por lo menos a la presentación de la demanda se encuentra vinculado en la *Cristalería Peldar S.A* en el área de Control de Calidad, y el segundo quien laboró en la misma empresa hasta el mes de octubre de 2010 cuando salió pensionado, ocupando como último cargo el de Operador de Paletizado.

Ambas declaraciones fueron concisas en resaltar que las actividades del demandante, incluso las que viene desarrollando en la actualidad como Operario de Paletizado, son de constante exposición al factor de riesgo desarrollado dentro de la fábrica, más aún si sus funciones siempre las desarrolló dentro de la fábrica y en contacto permanente con las sustancias cancerígenas.

Nótese que las declaraciones fueron congruentes en el hecho que la labor desarrollada siempre fue en el área de envase; cuando laboró en la actividad de montacarga, desarrolló su actividad transportando residuos y demás productos dentro del perímetro donde se desarrollaba el vidrio, aunado a que su traslado de un lugar a otro debía hacerlo necesariamente por el área de la producción del vidrio.

Igualmente, cuando empezó a desempeñar el cargo de Operador de Paletizados, su labor ha sido desempeñada con máquinas de la producción del vidrio, de ahí que resulte palmario el grado de exposición de las partículas cancerígenas utilizadas en las materias primas utilizados por la *Cristalería Peldar S.A*; circunstancia por la cual, es palmario que el actor haya demostrado la actividad de alto riesgo por lo menos hasta la fecha de la presentación de la demanda, cumpliéndose así los requisitos



establecidos tanto en el artículo 1º del Decreto 1281 de 1994 y el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003.

Por lo expuesto, la Sala no le asigna credibilidad al testimonio del señor *Carlos Jaime Gómez Ramírez*, quien manifestó que dentro de la planta de la *Cristalería Peldar S.A* no existía ninguna sustancia de *Asbesto*, y que la producción del vidrio no arrojaba sustancias cancerígenas, pues en atención de las pruebas analizadas en precedencia, su relate se cae de su peso.

De la fecha de reconocimiento del derecho pensional:

Tal como lo sostuvo el *a-quo*, el actor durante toda su vida laboral cotizó un total de 2.015.82 semanas por lo menos hasta el 31 de julio de 2017 según se desprende del reporte de semanas visible a folios 245 a 252 del plenario.

Debido a que en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, se indica que para acceder al régimen transicional para este tipo de prestación se deben acreditar 750 semanas continuas o discontinuas en actividades de alto riesgo, y en razón a que el demandante cotizó 1.786.83 semanas en exposición a sustancias cancerígenas como se analizó en precedencia, es obvio que cuente con 1.036.83 semanas adicionales a la 750 requeridas en dicha disposición normativa, por lo que le corresponde una disminución de 20 años sobre la edad dispuesto en la ley para ostentar su pensión.

En tal sentido, de conformidad con lo consagrado en el literal a) del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, debía tener la edad de 60 años, y en razón de la reducción de edad como consecuencia de la densidad de semanas, la edad pensional sería a los 40 años de edad según lo regula el artículo 15 de la referida norma; sin embargo, al encontrarse el actor vinculado laboralmente con la *Cristalería Peldar S.A.*, no ha causado el disfrute del derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del



mentado Decreto 758 de 1990, ya que no se encuentra desafiliado al régimen, por lo que la causación queda supeditada a que se haga lo respectivo.

Ahora, en lo que respecta a la forma en que se liquide esta prestación, debe acudirse a lo regulado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone:

“ARTÍCULO 20. INTEGRACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

“a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

“b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

Como quiera que el actor cotizó por lo menos hasta el 31 de julio de 2017, un total de 2.015.82 semanas, es palmario que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, y en razón al IBL, debido a que nos encontramos en el escenario de una pensión con régimen de transición señalada en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, lo aplicable es que se calcule con el promedio del IBL en el inciso segundo de la referida norma, esto es, el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

Ello con ocasión a que, de acuerdo con la disminución de la edad dispuesta en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, el actor tiene derecho de acceder a su prestación desde el 22 de octubre de 2000, esto es, al cumplimiento de los 40 años de edad, por lo que tomando el tiempo desde el 22 de julio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, le faltaba para acceder a la pensión un lapso de 6 años y 4 meses, y en razón a que el pago de las mesadas procede a partir del retiro al sistema,



el IBL se deberá calcular por sobre este interregno, contados hacia atrás desde la última cotización que efectúe al sistema, los cuales deberán actualizarse con base a los IPC certificados por el DANE.

También es procedente el pago de la mesada 14, en tanto el actor al haber ostentado el derecho de la pensión de alto riesgo el 22 de octubre de 2000, el mismo se dio con anterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite en la que se facultó el reconocimiento de esta mesada según los preceptos dispuestos en el Parágrafo Transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por último, se mantendrá incólume la decisión de absolución de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que de una parte la sentencia de primer grado no fue apelada por este puntualísimo aspecto, y de otra, el proceso se está estudiando en sede de consulta a favor de *Colpensiones*. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

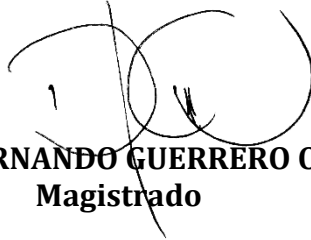
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **39 2017 00404 01**
Demandante: GLADYS ÁLVAREZ BUITRAGO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
EJÉRCITO NACIONAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el presente procedo en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*, por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses,

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gladys Álvarez Hurtado*, formuló demanda Ordinaria en contra de *La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*, con la finalidad que se declare que disminuyó de manera unilateral, y sin consentimiento claro ni expreso su salario en el año 2014, con vigencia 2015 y sub siguientes, por lo que debe realizar el reajuste salarial de su sueldo básico, el cual para el año 2015 ascendió a la suma de \$1.266.916.

Como consecuencia de lo anterior, se debe condenar a la parte demandada pagar el reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios para los años 2015 a 2017.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que es trabajadora oficial vinculada al Ejército Nacional en el cargo de Operaria en el Batallón de Intendencia No. 1 “Las Juanas”; que el referido batallón tiene como función el desarrollo y fabricación de vestuario, calzado y elementos de intendencia para satisfacer las necesidades del Ejército Nacional, sin que su labor sea esporádica, transitoria o temporal, sino que por el contrario, son funciones permanentes, habituales y reiteradas.

Expuso que durante los años 2002 a 2014, la pasiva le prorrogó consecutivamente los contratos de trabajo, y para finales de ese último año, la encartada decidió que debía suscribir un nuevo contrato de trabajo con vigencia para el año 2015.

Que al momento de suscribir el último contrato, sus condiciones laborales no cambiaron, pero a pesar de ello su salario fue disminuido, adicional a que la suscripción del nuevo contrato de trabajo fue por decisión unilateral del empleador. Por último, resaltó que sus jefes inmediatos le condicionaron su permanencia en su trabajo a la suscripción de un nuevo contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la demandante se encuentra vinculada desde el 9 de septiembre de 2002, a través de diferentes contratos de trabajo, por lo que el último contrato objeto de reproche fue el No. 0887, suscrito por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2015, de ahí que hayan cambiado sus condiciones laborales en especial su salario, como quiera que antes del año 2015 su cargo era el de Zapatera Especializada, y con el contrato de 2015 su cargo fue de Operaria.



Formuló la excepción denominada acuerdo de voluntad entre las partes.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, declaró que *La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional* disminuyó y menoscabó los derechos de la actora como consecuencia del salario otorgado en el año 2015.

Por tanto, condenó a la pasiva a reajustar el salario básico que para el año 2015 debía ser la suma de \$1.266.916, junto con el incremento legal que para el año 2015 se les aplicaran a los trabajadores oficiales, ajustando todas las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos por la actora para los años 2015 a 2019, y hasta la fecha que se aplique el incremento.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que la demandante es trabajadora oficial a la luz del Decreto 1792 de 2000, el cual fue declarado exequible a través de la sentencia C – 757 de 2001, máxime que así lo aceptó la demandada.

Respecto a la variación de salario entre los años 2014 a 2015, consideró que si bien es cierto existe una autonomía de voluntad para que de mutuo acuerdo se varíen las condiciones del contrato, también lo es que esta situación no puede ser arbitraria, es decir, que en atención a que la demandante viene vinculada desde el año 2002 realizando la misma labor y actividades, resultó inoperante el cambio de condiciones sin existir una justificación atendible en lo que respecta a la disminución del salario, más aún si el cambio debe estar acorde con el principio de la realidad sobre las formas como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de ahí, que a pesar de que las partes suscribieron diferentes contratos de trabajo a término fijo que fueron prorrogados, solo existió una relación laboral, la cual fue disminuida salarialmente.



Puntualizó que, si bien existió un cambio de cargo por la actora en el contrato para la vigencia del año 2005, las pruebas demostraron que las funciones fueron las mismas a los contratos anteriores, por lo que asentó que no existió justificación para la disminución salarial.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

En razón a que la sentencia fue adversa a las pretensiones de la demandada, el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la demandante le fue disminuido de manera unilateral el salario devengado desde el año 2014 con vigencia para el año 2015.

De proceder lo anterior, se establecerá si procede el reajuste salarials y de las prestaciones sociales.

c. Del caso en concreto:



Previo a abordar el asunto, es menester indicar en primer lugar, que no fue objeto de controversia que entre las partes se ha mantenido una relación laboral desde el año 2002 a través de diferentes contratos, prueba de ello lo es la certificación emitida por las Fuerzas Militares de Colombia el 2 de junio de 2015, junto con algunos de los contratos aportados en copia como lo son el 186 del 9 de septiembre de 2002, 180 del 26 de diciembre de 2012 y 887 del 23 de diciembre de 2014 (Fls. 14 a 15, 23 a 24, 68 a 71, 28 a 74 y 75 a 77), vinculaciones que en la actualidad se encuentra vigente.

De los referidos contratos, se aprecia que la actora ha desempeñado cargos como Operaria de la Planta de Zapatería, Zapatera Especialista y Operaria.

Dentro del trámite procesal, se practicaron los testimonios de *Olga Janeth Camacho Herrera* y *Wilson Uriel Rodríguez Suárez*, ambos trabajadores de la encartada.

La primera mencionó que ingresó como operario en el año de 1995, que la actora ingresó a laborar desde el año 2000 en la planta de zapatería, salió un tiempo y en el 2001 volvió a integrarse, siempre desarrollando su labor como guarnecedora en la planta de zapatería, esto es, en la elaboración de botas para los soldados.

En lo que concierne a la desmejora de las condiciones salariales, manifestó que en el año de 2014 el Capitán *Garavito* les hizo suscribir un contrato de trabajo, incluida la demandante, donde se les disminuyó el salario, adicionalmente que se les resaltó que, de no suscribir el nuevo contrato, no las volverían a contratar, amenazándolos con reemplazarlas. Que ante la desmejora salarial elevaron reclamación ante el Comando del Ejército, pero se les respondió que la disminución obedecía a la imposición de una ley.

Además puntualizó que, si bien suscribieron en el año 2014 un nuevo contrato, en nada cambiaron las funciones que venían realizando como tampoco el horario, de lo que resulta inconcebible la disminución salarial. Por último, resaltó que antes del año 2008 la producción era a destajo, por lo que dependiendo a lo que confeccionaran



accedían a un salario, situación que cambió y a partir de 2008 la demandada determinó que el salario sería fijo.

Por su parte, el señor *Uriel Rodríguez Suárez*, quien dijo que ingresó a trabajar en el año 2007 en el cargo de Operario, fecha para la cual el sueldo era a destajo y en el 2008 quedó con un sueldo fijo.

Que en año 2014, el Capitán *Garavito* les hizo firmar un nuevo contrato de trabajo con una disminución salarial respecto de lo que venían devengando en ese momento, y que esto obedeció a una orden de los superiores, advirtiéndoseles también que de no suscribir el contrato, serían retirados.

Expuso que sus funciones son las de vulcanizar, labor que consiste en poner las suelas de las botas para los soldados, y frente a la labor de la demandante dijo que trabajaba en guarnición, que consiste en coser y darle forma a la bota, sin que sus funciones nunca hayan cambiado.

Precisó que siempre han tenido las mismas funciones y horario, por lo que no entiende el por qué sus condiciones salariales fueron desmejoradas.

Ahora bien, frente al estatus administrativo de la accionante el artículo 3º del Decreto 1792 de 2000 dispone:

“ARTÍCULO 3. Clasificación de los servidores públicos. Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.

“Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo”.



A su vez, el artículo 103 del referido Decreto, regula la forma de suscripción de los contratos de trabajo para los trabajadores oficiales de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 103. Contrato de trabajo. La vinculación de trabajadores oficiales, en los términos del presente Decreto, se efectuará mediante contratos escritos de trabajo, a término fijo, ocasional o transitorio.

“Se entiende por contrato a término fijo, aquel cuya duración no sea inferior a tres (3) meses ni superior a doce (12) meses, el cual podrá ser prorrogado por períodos sucesivos hasta de un (1) año, por necesidades del servicio.

“Se entiende por contrato ocasional o transitorio aquel cuya duración no exceda de tres (3) meses”.

En tal sentido, puede colegirse que la actividad desempeñada por la demandante en el transcurrir del tiempo, la encaja dentro de la catalogación de trabajadora oficial, en tanto los cargos desempeñados siempre han estado circunscritos a la actividad de uniformes y elementos de intendencia, más exactamente lo que gira a la producción de botas para el Ejército Nacional, de ahí que sea esta la especialidad competente para el conocimiento del caso que nos ocupa.

Se recalca igualmente que el Decreto 1792 de 2000, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 757 de 2001, aspecto por el que esta Colegiatura estudia de fondo el asunto, máxime si se tiene en cuenta que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia atendió el conocimiento del asunto de trabajadores oficiales del referido Decreto, como así lo sostuvo en la sentencia SL753-2013, Radicación No. 41711 del 16 de octubre de 2013, señalando:

“En efecto, el artículo 3° de la legislación de 1990 establecía que el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se clasificaba en empleados públicos y trabajadores oficiales y a estos últimos los definía en el artículo 7° en los siguientes términos: “... persona natural que preste sus servicios en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, cuando su vinculación se opere mediante contrato de trabajo”; y así también lo preveía el 132: “El Ministerio de Defensa podrá vincular, mediante contrato de trabajo, a personas naturales para el desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones



y talleres, cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos”; no obstante el Decreto 1792 de 2000, vigente para la fecha en la que culminó la relación contractual del actor derogó tales disposiciones y, en su lugar definió que “Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción. Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo”, asimismo en el precepto 103 estableció que los contratos de trabajo debían sujetarse a tales excepciones, aspecto que fue declarado exequible en la sentencia C-757 de 17 de julio de 2001; es decir, que al no haberse acreditado la realización de los cargos de excepción, fundado en tal disposición, el ad quem, carecía de competencia para resolver el asunto, y aunque se desvió en la aplicación de la norma, como se vio, y por ello lo fundado del cargo, lo cierto es que tal circunstancia no variaba la definición final, pues es evidente que el empleo de Médico General, no puede encontrarse inmerso en las actividades de construcción y sostenimiento de obra pública, de equipos aeronáuticos y demás a los que se refiere la norma transcrita”.

Puestas así las cosas, se procede el estudio de la disminución salarial alegada por la actora para el año de 2014, con vigencia para el año 2015 y en adelante, que efectuara la demandada sin justificación alguna y sin previo consentimiento.

En tal sentido, nótese que como se ha referido, la demandante y la pasiva han suscrito diferentes contratos de trabajo a término fijo, situación que es permitida a la luz de la normatividad labora vigente.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3122-2019, Radicación No. 58525 del 5 de junio de 2019, manifestó:

“Resulta legítimo que el empleador ofrezca a un trabajador la modalidad de vinculación que más le convenga a sus necesidades, como el contrato determinado por un plazo fijo, y también es posible que las partes libre y voluntariamente, decidan empezar otra diferente o modificar algunos de sus puntos trascendentales, en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, como es en el sub examine, que las partes celebraron múltiples contratos de trabajo a término fijo, algunos de ellos con diferente objeto”.



A pesar de lo anterior, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el Alto Tribunal de cierre también ha sostenido que en tratándose de modalidades contractuales, su cambio no puede obedecer a aspectos que no se encuentren justificados, como quiera que el Juez se encuentra la obligación de analizar un verdadero cambio del objeto social del contrato de trabajo, y con ello definir si en efecto la potestad cambiante que faculta el legislador, se acompasa con las condiciones reales de dicho cambio, pues de lo contrario se estaría efectivizando un abuso de esta potestad, como así se sostuvo en la sentencia SL2730-2019, Radicación No. 60900 del 17 de 2019:

“En todo caso, la Corte recuerda que, si bien los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades concebidas por la ley, esta Corporación ha sido enfática en advertir que las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos como eludir las garantías mínimas legales establecidas, de ahí que ha exigido a los jueces tener especial cuidado en tales eventos y verificar la existencia de un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones que justifiquen la variación de la modalidad contractual, con el fin de evitar que los cambios realizados se empleen para desconocer los derechos mínimos de los trabajadores.

“En efecto, en sentencia CSJ SL804-2018 la Sala precisó que:

“Ahora bien, es cierto que el análisis desprevenido del contrato de trabajo obrante a folios 26 y 73 permitía inferir que las partes adoptaron libremente una modalidad de vinculación regida por un plazo, pero también lo es que el Tribunal no fue muy prolijo a la hora de determinar si esas convenciones formales se correspondían con las condiciones reales de la vinculación del trabajador. La Corte llama la atención en lo anterior, porque, a lo largo de su jurisprudencia, ha sido especialmente insistente en advertir que, ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como aquí acontece, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, real y material, «...ya que es bien conocido que, algunos empleadores han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de la cesantía o bien para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el



contrato de trabajo. (CSJ SL15986-2014, CSJ SL806-2013, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 37435 y CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 35902, entre otras).

[...]

“A partir de todo lo anterior, para la Corte el Tribunal incurrió en los errores de hecho denunciados por la censura, pues no tuvo en cuenta que la relación laboral que unió a las partes en la realidad fue una sola, tuvo el mismo objeto y fue continua e ininterrumpida. Tampoco advirtió que el nuevo contrato de trabajo a término fijo fue simplemente formal y espurio, ya que en la materialidad no fue nuevo ni estuvo justificado en causas reales, efectivas y válidas, de manera que simplemente estuvo encaminado a eludir garantías laborales a la estabilidad del trabajador.

[...]

“En sede de instancia, resulta preciso advertir que esta sala, a lo largo de su jurisprudencia, ha enseñado que los empleadores gozan de libertad a la hora de «...escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades que le otorga el legislador.»

[...]

“Sin embargo, como ya se anotó en sede de casación, la Sala también ha sido cuidadosa en advertir que las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos, como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores. En ese sentido, ha precisado que a pesar de las convenciones expresamente suscritas por las partes, es deber del juez examinar si, en la materialidad, existió unicidad en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias. En la sentencia CSJ SL806-2013 se dijo al respecto:

[...]

“Por ello, en conclusión, si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador” (Subrayado fuera del texto original).



De los preceptos jurisprudenciales, puede colegir esta Sala que la demandada disminuyó el salario de la actora para el año 2015 y en adelante, de manera injustificada.

Esto por cuanto, de las pruebas arrimadas al proceso, en especial la declaración de los testigos *Olga Janeth Camacho Herrera* y *Wilson Uriel Rodríguez Suárez*, ambos trabajadores de la encartada y cuyas funciones siempre han sido en torno al área de la fabricación de botas para los soldados como lo ha venido haciendo la demandante, fueron contestes en señalar, que a pesar de que suscribieron un contrato de trabajo en el año de 2014, contrato que también en dicha anualidad suscribió la demandante, han venido desempeñando idénticas funciones y condiciones a las que venían realizando con anterioridad al año 2014, pero con una notoria reducción de sus salarios.

La desmejora salarial en el especialísimo caso de la demandante, se demuestra con los contratos No. 0180 del 26 de diciembre de 2012 y el reprochado 0887 del 23 de diciembre de 2014 (Fls. 23 a 24 y 68 a 74), donde en el primero de los mencionados, advierte que para el año 2012, se pactó un salario mensual de \$1.189.803, cuyo cargo era el de Zapatero Especialista en el Batallón de Intendencia No. 1 – Las Juanas, y el segundo, demuestra una disminución en su salario el cual sería para el año 2015 en la suma de \$960.314, con un cargo de Operaria.

Adicional, nótese que las funciones entre uno y otro contrato, en nada demuestran un cambio ostensible, ya que el No. 0180 de 2012 estableció que sus funciones como Zapatero Especialista serían de acuerdo a las necesidades del batallón, y el No. 0887 de 2014, determinó que el cargo de operario tenía las funciones de elaboración, confección del material de intendencia, campaña e inmobiliario de acuerdo a la necesidad impuesta por el comando superior, así como cumplir a cabalidad con las funciones que le sean impartidas por sus superiores dependiendo la sección donde se encuentre laborando, sin que lo allí plasmado lo haya desvirtuado la pasiva, pues además de los contratos enunciados, no aportó prueba idónea que advirtiera el



cambio de labores, máxime si siempre la labor se realizaba sobre ocho (8) diarias; circunstancia por la cual se puede concluir que de conformidad con los preceptos jurisprudenciales, existió un abuso en el cambio de las condiciones contractuales, pues se insiste, no obran probanzas fehacientes de la pasiva que demuestren lo contrario.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta, es que resulta incongruente que la celebración de diferentes contratos de trabajo a término que venían con un salario establecido en el tiempo, hayan tenido una disminución sin un soporte fáctico ni jurídico que enrostre el por qué del cambio, pues si bien obra respuesta por la demandada con ocasión a la reclamación que elevara la actora por la desmejora salarial (Fl.18), de su contenido tan solo se desprende que la suscripción del contrato No. 0887 de 2014 fue consentido por ambas partes, pero se itera, las reglas jurisprudenciales condicionan que el cambio debe ser justificativo, lo que no sucedió en el presente asunto; circunstancia por la cual, es procedente el reajuste alegado.

Ahora, en lo que respecta al monto a reajustar, como lo sostuvo la falladora de instancia, para el año de 2015 la pasiva deberá reconocer a la demandante un salario para el año 2015 un valor de \$1.266.916, por lo que deberá reajustar las sumas salariales incluyendo las acreencias laborales devengadas, sumado a que para los años sub siguientes y los que se causen a futuro, tanto el salario como las prestaciones sociales deberán también reajustarse, aplicando el incremento legal respectivo. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

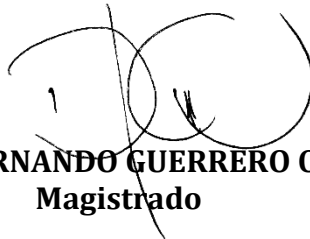


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida el día 13 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
ACLARO VOTO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2017 00817 01
Demandante: JORGE ERNESTO ALONSO MUÑOZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 27 de agosto del 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jorge Ernesto Alonso Muñoz* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos que se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta los tiempos laborados para *ExxonMobil S.A*; se declare que el último salario para abril de 1975 fue de \$17.397, y, por favorabilidad, los salarios de 1970 a 1974 deben ser deflactados del último salario del actor; en consecuencia se ordene la reliquidación de la pensión con una tasa de reemplazo del 90%; ordenar que el IBL sea calculado aplicando todos los valores pertinente y que debe continuar disfrutando de 14 mensualidades al año.

De manera tal que se condene a la pasiva al pago de las diferencias en las mesadas pensionales, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, insiste en el reconocimiento de todas las pretensiones, con excepción de las encaminadas al reconocimiento salarial.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que laboró en la empresa *International Petroleum Ltda.* hoy *ExxonMobil S.A.*, desde marzo de 1969 hasta abril de 1975, entidad que para dicha data no estaba obligada a cotizar al entonces *Instituto de Seguros Sociales*; que dicha sociedad le suministró una certificación laboral el 5 de abril del 2010, pero esta no tiene un grado de veracidad que permita definir los valores efectivamente devengados por el actor.

Agrega que en el año 2010 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, misma que fuera denegada mediante Resolución No. 028892 de diciembre del 2010, por lo que interpuso los recursos de reposición y apelación, en virtud de los cuales *Colpensiones* le concedió la pensión de vejez a través de la Resolución No. 820 del 18 de enero del 2012, sin tener en cuenta los tiempos cotizados a *ExxonMobil S.A.*, por lo que interpuso recurso de apelación, pero el mismo nunca fue resuelto.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestando en síntesis que *ExxonMobil S.A.*, nunca afilió al demandante a ninguna administradora de pensiones, por lo que dichos periodos no pueden ser tenidos en cuenta.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su costa y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión, la falladora de primera instancia precisó que no existe prueba alguna en el proceso de que efectivamente el trabajador haya sido afiliado al entonces *Instituto de los Seguros Sociales*, ni mucho menos que se hayan efectuado los aportes, por el contrario, como también se ha manifestado desde el inicio del proceso, la empresa, por ser del sector petroleros, no fue llamada a inscripción por parte del referido Instituto, sino hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; en ese orden de ideas, al no estar probada en el proceso la afiliación o la novedad de ingreso del demandante para el entonces *Instituto de Seguros Sociales*, no es dable que tales períodos, como lo pretende la actora, sean asimilados a aquellos en los cuales se evidencia una mora o un pago tardío o incompleto de los aportes; en ese orden de ideas, y pese a que eventualmente haya existido efectivamente un vínculo laboral entre el demandante y la compañía accionada, denominada actualmente *Primax Colombia S.A*, lo cierto es que al no existir la constancia de haberse informado a la entidad de seguridad social de la existencia esa vinculación laboral, aquella no tenía a su alcance realizar el cobro de aportes insolutos, y por ende, esos tiempos eventualmente pueden ser tenidos en cuenta una vez se haya trasladado el valor de un cálculo actuarial a satisfacción de *Colpensiones*.

Finalmente, que frente a la sociedad que se aduce fungió como empleadora, no es dable realizar manifestación alguna en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo o que se tiene algún tipo de obligación respecto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por cuando no fue convocada como parte accionada al plenario.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte actora formuló recurso de apelación, en el que expone que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y



prestaciones previamente determinadas en la ley, las que deben estar ajustadas al modelo de vida que tenía el trabajador, lo cual se trasgrede en el presente evento, en tanto la pensión del demandante, actualmente corresponde a un valor inferior al nivel de vida que mantenía mientras estaba vinculado laboralmente, lo que se desprende de no tener en cuenta los tiempos de servicios que debieron impactar en el monto de la pensión.

Aunado a lo anterior, la empresa petrolera accionada, tenía la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes a pensión, obligación que surge con el artículo 62 de la ley 90 de 1946, por lo que *Colpensiones* debe reliquidar el valor y posteriormente cobrar dichos valores a *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*, mediante mecanismos legales instituidos para tal fin, como es el cálculo actuarial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente realizar la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos laborados en *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*.

c. De la calidad de pensionado:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor *Jorge Ernesto Alonso Muñoz*, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución No. 00820 de 2012, en cuantía de \$889.955 (Fls. 35-36), en virtud de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.



c. De la reliquidación pensional

Ahora bien, aduce el apelante que se debe computar el tiempo durante el cual laboró para la empresa *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*, durante el interregno de tiempo comprendido de marzo de 1969 a abril de 1975.

Sobre este punto, se advierte que en efecto milita a folios 18 a 19 una comunicación de *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*, en la que se indica que efectivamente la sociedad tiene registrado pagos por nómina para el demandante de marzo de 1969 a abril de 1975 e igualmente indica que para dicha data la empresa no tenía la obligación de realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, pues las empresas petroleras fueron llamadas a inscribirse hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo imposible cotizar por pensiones en ciudades como Bogotá, Cartagena y Coveñas, antes del 1° de abril de 1994. Por manera que, en efecto, en el resumen de semanas cotizadas al otrora *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones* (CD Fl 177), no aparece soporte de cotización alguna para dichos periodos.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varios de sus pronunciamientos ha dicho que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019. Radicación No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

“...Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas



suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

En esa medida, para poder imputar un número determinado de semanas y poderlo hacer por haber incurrido el empleador en mora, debe partirse de un supuesto fáctico que indique sin dubitación alguna, al menos los interregnos en mora y que estos estén comprendidos dentro de la relación laboral alegada.

Sin embargo, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe también mediar una relación de afiliación, y de no ser así, el empleador debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de *Colpensiones*.

Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4103-2017, Radicación No. 4963 del 22 de marzo de 2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a



situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.

Así las cosas, como quiera que en el *sub-lite* no existe soporte de afiliación del demandante al entonces Instituto de *Seguros Sociales*, por parte de la empresa *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*, es patente que no recae sobre la hoy demandada *Colpensiones* la obligación de adelantar gestiones de cobro tendientes a obtener el pago de dichos aportes, ni mucho menos podrían computarse para efectos pensionales como sucede en los casos en que existe mora por parte del empleador, por tratarse de situaciones jurídicas disimiles.

En tal sentir, como quiera que en el caso que hoy nos ocupa, no se llamó a integrar la litis a *ExxonMobil S.A*, hoy *Primax Colombia S.A*, a efectos de entrar a debatir la posible responsabilidad y obligación que pudiera pender sobre la misma frente al reconocimiento y pago del respectivo calculo actuarial, por los periodos dejados de cotizar, en modo alguno podría ordenarse la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta los periodos de tiempo laborados para la mentada sociedad.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **29 201800290 01**
Demandante: MARIA DEL CARMEN CASTILLO MORENO
Demandado: AVON COLOMBIA S.A.S
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Del Carmen Castillo Moreno*, instauró demanda ordinaria en contra de *Avon Colombia S.A.S*, a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo de tiempo comprendido del 20 de noviembre del 2010 y el 21 de noviembre de 2017, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Líder, devengando como último salario la suma de \$781.242.

Consecuencialmente, solicita se condene a la pasiva al reconocimiento y pago del auxilio de transporte, auxilio de cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, indemnización por despido injusto, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que comenzó a laborar para la pasiva el 20 de noviembre del 2010, desempeñando el cargo de Líder; que se le impuso un



horario de trabajo de 7:30 a.m a 5:00 p.m de lunes a sábado, devengando como último salario la suma de \$781.242.

De otra parte, indica que la relación laboral fue disfrazada con un contrato de participación en ventas, por lo que nunca fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no recibió el pago de las acreencias laborales y fue despedida sin justa causa, sin que le hubiere sido suministrado el calzado y vestido para realizar las labores.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Avon Colombia S.A.S* se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra, alegando la inexistencia del contrato de trabajo, precisando que esta se enmarcó dentro de una relación comercial.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de subordinación laboral, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación, pago y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019, decidió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión manifestó luego de un análisis de las piezas procesales allegadas al proceso, que el ofrecer productos mediante catálogos por sí solo no demuestra una real y efectiva prestación personal del servicio, máxime que a partir de las declaraciones se estableció que no se configuró el tipo de subordinación requerida legalmente para que se pueda estar en presencia de un contrato de trabajo, máxime que no se aportó prueba alguna de imposición de reglamentos de trabajo, sanciones disciplinarias, llamados de atención, memorandos y demás circunstancias que permitan acreditar la subordinación.

En cuanto al horario aduce que quedó demostrado que no se exigía su cumplimiento, por el contrario, de acuerdo con la prueba testimonial lo que quedó



demostrado es que esa actividad que realizaba la demandante como líder, la podía ejecutar en cualquier momento dependiendo de las necesidades de las personas que ella vinculaba a su red de clientes, máxime que las reuniones programadas tenían por fin optimizar el resultado de la campaña de ventas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia, manifestando en síntesis que la subordinación se pudo establecer en tanto los programadores determinaban la función que tenía que ejercer como Líder, lo cual era promovido directamente por la señor gerente *Sandra Bretón*, aunado a ello que de las conversaciones sostenidas por el sistema *whatsapp*, se evidencia que se exigía el cumplimiento de ciertos parámetros, reglamentaciones y situaciones que debía cumplir, lo cual también se exteriorizaba en las reuniones presenciales.

Por otra parte, que la remuneración se acreditó mediante los giros verificados a través de empresas determinadas; frente al horario de trabajo, se acreditó que debía estar en disponibilidad de acudir en cualquier momento a las instalaciones de la accionada, debiendo asistir a las reuniones que se programaban.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo lo expuesto por la parte promotora en el recurso de alzada, se tiene por sentado que la controversia gira en torno a establecer si entre las partes medió una relación laboral y si con ocasión a la misma, la pasiva debe ser condenada al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo genitor.



c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo



exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si la labor desarrollada por la demandante como Líder de *Avon Colombia S.A.S*, estuvo sujeta a un contrato de trabajo como lo adujo la libelista.

Para tales efectos, procedió la Sala a realizar un análisis integral de los medios probatorios arrimados a la presente litis, dentro de los cuales se corrobora que la demandante en su interrogatorio de parte aceptó que firmó un contrato con la demandada para desarrollar la actividad de Líder, en virtud de la cual desarrollaba la comercialización de productos, conseguir clientes, realizar visitas y llamadas comerciales, así como cerrar los correspondientes contratos; gestión que aduce ejecutaba de manera permanente, por cuanto la labor de ventas era continua debido a que las personas la podían contactar en cualquier momento; acepta que hacía los pedidos que eran descontados por la empresa, y al final le consignaba en Efecty, siendo el saldo a su favor, y dependiendo de la campaña podría ser de \$50.000 a \$1.000.000; que ofrecía los productos, por lo que no visitó las instalaciones de la empresa; que de no cumplir las metas devengaba



menos emolumentos; y que no recibió memorandos, en tanto el contacto se mantenía de verbal o por mensajes de datos.

Se destaca que fue rendido el interrogatorio por parte de la pasiva, quien se limitó a negar la existencia del vínculo laboral. Por otra parte, fueron evacuados los testimonios de las señoras *July Amparo Ruiz Quiroga* amiga de la demandante, *Carmen Rosa Méndez Rodríguez*, quien igualmente laboró para la demandada, *Aura Mirella Vela Moreno* quien fue vinculada a *Avon Colombia S.A.S* por la demandante y *Sandra Cecilia Fuentes Velandia*, Gerente Divisional de la empresa; de cuyas declaraciones se colige que las actividades desarrolladas por la demandante consistían en la promoción y venta de las campañas de los productos y adicional a ello, la consolidación de una red a través de la vinculación de otras vendedoras, asimismo, se refirió que la actora debía hacer los correspondientes pedidos y estar pendiente de la gestión de las personas que afiliaba, actividad que no se cumplió dentro de un horario determinado, por cuanto estaba disponible en los tiempos que fuera requerida por las personas de la red que dirigía, recibiendo una remuneración por las personas que vinculaba y las ventas realizadas.

Ahora, el punto de dislate entre los testimonios rendidos consiste en que las testigos *July Amparo Ruiz Quiroga*, *Carmen Rosa Méndez Rodríguez* y *Aura Mirella Vela Moreno*, refieren que para el desarrollo de sus funciones la promotora debía acatar las instrucciones de la Gerente, quien fijaba el cronograma de cada campaña y se encontraba presente en las reuniones; además, debían reportarle diariamente su gestión, les suministraban implementos y el material para cada campaña.

Con todo, de la declaración rendida por *Carmen Rosa Méndez* se constata que como Líder, la actora percibía 25% de las ganancias y además le pagaban un valor dependiendo del número de personas que vinculara, por lo que el pago podía variar. En igual sentido, refiere la deponente que la vinculación a la empresa era realizada mediante una reunión en la cual les explicaban además de la labor de venta, la posibilidad de desarrollar las actividades de Líder y si aceptaban firmaban el contrato.

La testigo *Sandra Cecilia Fuentes Velandia* explicó que se les ofrecía un plan de emprendimiento conforme al cual les daban la oportunidad de mejorar sus ingresos siendo empresarias independientes, los cuales se aumentaban invitando



a otras personas a vender los productos; que no era obligatorio asistir a las reuniones, pues estas tenían por objeto brindar información de cada campaña, y de hecho se podía enviar a otra persona para que las reemplazara en la misma; que no era obligatorio el uso de ninguna prenda, las cuales en todo caso les eran suministradas como un aspecto motivacional, mas no obligatorio.

Sumado a lo anterior, se corrobora con la documental que la demandante suscribió con la pasiva un contrato de participación de ventas (Fls 105-108), por el cual se le vincula a un plan empresarial que le permite mejorar sus ingresos por la adscripción de más vendedoras, adicional al ganancial obtenido por las ventas efectuadas (Fls 109-316); también milita prueba de los contratos de vinculación que verificaba de otras personas (Fls 46 a 54), junto con los planeadores de las actividades desarrolladas por campaña (Fls 56 a 57).

Así las cosas, de las pruebas allegadas al proceso corrobora la Sala que efectivamente la demandante desarrolló de forma personal su labor como Líder de la empresa, no obstante, la encartada logró derruir la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, pues la pasiva logró probar que dicha labor era desarrollada en el marco de un contrato de prestación de ventas, desarrollado dentro de un plan empresarial diseñado por la compañía que le permitía a las personas que venden sus productos, recibir ingresos adicionales por la vinculación de otras vendedoras. Actividad netamente comercial que en modo alguno pudo estar revestida de una continua subordinación, en tanto la actora lo que debía hacer era promocionar los productos visitando a sus clientes y a las personas que hacían parte de la red que ella había creado con las vinculaciones, y, como ella misma lo indica, esta actividad podía ser ejecutada en cualquier horario del día dependiendo del requerimiento del cliente, sin que se constante la imposición de un horario por parte de la pasiva.

Implica lo anterior que la labor ejecutada por la actora claramente era desarrollada de forma autónoma e independiente, pues este modelo de negocio le permitía acercarse a los clientes que deseara, agendar sus citas, visitarlos o atenderlos por el medio que considere más expedito, a efectos de realizar la venta de productos y gestionar las de las personas que vinculaba, todo ello, permitiéndole mejorar sus ingresos, acorde lo pactado por la demandada. No existió en ese orden de ideas un salario como lo indica la demandante, sino el reconocimiento de un porcentaje sobre las ventas realizadas y facturadas, así



como por las personas vinculadas, de suerte que sí no realizaba ventas, simplemente no recibía suma alguna, pero ello no comportaba la imposición de una sanción o el uso de un poder correccional de parte de la convocada a juicio y si quería adquirir mercancía para venderla directamente o darle un uso personal, bien podía hacerlo.

Ahora no pasa por alto la Sala las declaraciones rendidas, conforme a las cuales existía un cronograma para cada campaña, pero tras la verificación del mismo (Fls 56 a 57), lo único que se evidencia es la fijación de fechas límites para efectuar pedidos, cambios o facturación; lo que en modo alguno comporta la imposición de órdenes, sino la coordinación de una actividad comercial, propia de una gestión como la desarrollada por la demandante.

En el mismo sentido, el suministro de los catálogos o la entrega de prendas para vestir distintivas de la compañía, por sí mismas no comportan la existencia de un vínculo laboral, máxime cuando esto solo tiene por objeto que el vendedor conozca los productos que puede ofertar, facilitándole su labor comercial y la posibilidad de presentarle los productos a sus clientes.

En igual sentido, la realización de reuniones con el objeto de entregar los catálogos y explicar los productos de cada campaña, tampoco daría lugar a configurar la existencia del vínculo laboral, por cuanto simplemente es una forma de dar a conocer a los vendedores los productos de cada campaña, al punto que no era obligatoria la asistencia a las mismas.

Dimana de lo enunciado que la actividad comercial de la promotora fue autónoma e independiente y no estuvo revestida de los elementos esenciales del contrato de trabajo, luego le asiste la razón al *a-quo* al declarar la inexistencia del vínculo laboral alegado por la promotora.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



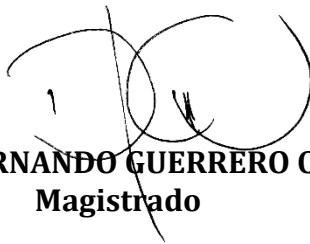
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2018 00566 01**
Demandante: ALFREDO EUGENIO VARGAS ÁLVAREZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho MARIA ELENA SIERRA GARCIA identificada con C.C 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Alfredo Eugenio Vargas Álvarez* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Colfondos S.A*, a fin que se declare la nulidad del traslado efectuado el 1° de mayo de 1994 con la AFP; en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior, más el pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó a *Colfondos S.A* el 1° de mayo de 1994, sin embargo en el formulario no consta de la firma del empleador; adicionalmente que el asesor no le brindó la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del régimen, además le prometieron condiciones y beneficios superiores en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin realizar una simulación pensional.

Afirma que realizó una proyección de su pensión, constatando que el monto resulta superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 3 de julio del 2018 radicó la correspondiente reclamación administrativa ante *Colpensiones*, pero la misma fue despachada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *Colpensiones* se opuso a las pretensiones aduciendo que carecen de fundamento fáctico y jurídico. Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica.

En la oportunidad debida, la accionada *Colfondos S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que se le brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de trasladarse de régimen, al informarle sobre las características, ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que produce sus aportes y el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, distinguiéndolo con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de inconsistencias en el formulario de afiliación, ratificación de la afiliación del actor a *Colfondos S.A.*, prescripción, compensación y pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 9 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 1° de mayo de 1994 a *Colfondos S.A.*; y en consecuencia condenó a *Colfondos S.A.* a trasladar los aportes que obran en la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, quien reactivará la afiliación del accionante y acreditará los recursos como semanas efectivamente cotizadas.

Lo anterior por cuanto consideró que al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrar el deber de información, pues como única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación del promotor de la litis a *Colfondos*, frente a la cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y además, el representante legal de la *AFP Colfondos S.A.* adujo que no tuvo conocimiento que se la haya brindado a la actora una información adicional.

Agregó que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto la ineficacia del traslado es constituye en un derecho accesorio al derecho pensional, conforme al artículo 48 Superior; que frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición, la Corte Suprema de Justicia, en sus últimas providencias, ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación; y en cuanto al error de hecho y de derecho, estimó que tratándose de la ineficacia de la afiliación, esta no es procedente puesto que a pesar que el actor suscribió el formulario de afiliación, el misma no tiene el conocimiento pleno sobre su decisión por falta de información.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de



Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a *Colfondos S.A* suscrito por el demandante el 1° de mayo de 1994, en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que la AFP hayan cumplido con el deber de información, ni se aportaron medios de convicción que acrediten de manera fehaciente que *Colfondos S.A* haya suministrado para la fecha del traslado, la información pertinente en aras de adoptar la decisión de manera libre y consciente.

En ese orden de ideas, se ajusta a derecho la declaratoria de ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción estudiada en el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



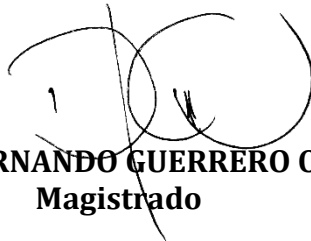
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00571 01
Demandante: DEYANIRA DUARTE ATUESTA
Demandado: COLPENSIONES y otros
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Aida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No. 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

Asimismo, con fundamento en el poder allegado por *Porvenir S.A*, se reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la profesional del derecho *Jacqueline Rodríguez Rojas*, identificada con C.C No. 52.230.797 y T.P No 306.950 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y dirimir en el agrado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Deyanira Duarte Atuesta*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a *Porvenir S.A*, por existir engaño y asalto en su buena fe.

En consecuencia, solicita se condene a *Colpensiones* a recibirla y afiliarla nuevamente, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado; se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de régimen; a que cancelen los dineros adeudados de forma indexada, se ordene el pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 1° de diciembre de 1962; se trasladó a *Horizonte*, hoy *Porvenir S.A*, el 18 de marzo del 2002, precisando que dicha decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que realmente el consentimiento no fue libre ni voluntario; que no le informaron sobre la posibilidad de trasladarse de régimen, ni se le suministró la información completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del traslado.

Aduce que el 28 de mayo del 2018 solicitó a *Porvenir S.A* la declaratoria de la nulidad del traslado, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna; de igual manera que elevó solicitud de nulidad de traslado a *Colpensiones* el 28 de mayo del 2018, la cual fue desatada de forma desfavorable el 31 de mayo del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto obran en el expediente medios de prueba suficientes, los cuales conllevan



a demostrar que el traslado efectuado por la accionante se realizó de forma libre y voluntaria.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que el traslado se realizó con el llenó de todos los requisitos legales previstos en la Ley 100 de 1993.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre del 2019, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a *Horizonte S.A*, hoy *Porvenir S.A*; declaró válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a la *AFP Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto a sus rendimientos y costos cobrados por concepto de gastos de administración durante todo el tiempo que duró en dicho régimen; ordenó a *Colpensiones* a que una vez ingresen los valores al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, actualice la información de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la que se alude al deber de información que recae sobre la AFP y la carga probatoria que incumbe a la misma,



destacando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

Así, como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información a su cargo, determinó que el traslado efectuado a *Horizonte*, hoy Porvenir S.A, se debe declarar ineficaz. Finalizó puntualizando que, por tratarse de un derecho relacionado directamente con la pensión, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la AFP *Porvenir S.A* formula recurso de apelación, refiriendo que si bien la actora aduce que tiene problemas de salud, lo cierto es que le hacen faltan más de 5 años para cumplir la densidad de semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le haría falta menos tiempo para alcanzar la garantía de pensión mínima; por otra parte, que la actora manifiesta que era consciente de las condiciones del Instituto de Seguros Sociales, así como de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que conoce las ventajas del mismo, pues aduce que el monto de la cuenta de ahorro individual es heredable, de lo que se deduce que su acto fue consciente, pues la acción que la convocó al traslado, son los intereses particulares que van más allá del deber que se predica, más aún cuando al momento del traslado no se tenía una expectativa legítima de pensionarse con ninguno de los dos regímenes, siendo que estos asuntos pensionales son de doble vía, luego los afiliados también están en la obligación de manifestar lo pertinente frente a su situación pensional.

Frente a los gastos de administración, las AFP ponen a favor del afiliado los servicios respectivos, por lo que pretender beneficiarse con rendimientos así como de las características de un fondo común, afecta a ambos regímenes, por lo que si lo



pretendido es volver al estado de cosas anterior, la actora debe devolver los intereses de los cuales fue beneficiaria.

Así mismo por resultar la sentencia adversa a *Colpensiones*, será analizada la misma en el grado jurisdiccional de consulta respecto de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información



necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí*



mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tenía o no una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 18 de marzo del 2002 a



Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A (Fl 137), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, pues si bien aduce que se trasladó de forma voluntaria, especifica que para esa fecha tenía entendido que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar por travesar una mala situación económica; de igual manera, que su empleador influenció en el traslado al referir que debía adoptar prontamente la elección del traslado y que se podía pensionar en cualquier momento, además podría heredar la pensión a sus hijos.

En ese orden de ideas, no se acreditó por la AFP el estricto cumplimiento del deber de información, por lo que la decisión del *a-quo* en este aspecto se ajusta a derecho.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

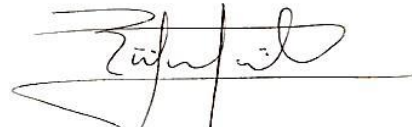
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 05 201800038 01
Demandante: LUIS ALBERTO CÉSPEDES ORTIZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 6 de septiembre del 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Alberto Céspedes Ortiz*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el bono pensional pagado por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P, más la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, adujo que laboró 851 semanas con entidades privadas y con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, lo que equivale a 16 años, 6 meses y 19 días; que en el año 2005 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el entonces Instituto de Seguros Sociales, le que le fue denegada mediante Resolución No. 41189 del 15 de diciembre del 2005, por no contar con las semanas requeridas para el efecto, razón por la cual, mediante la Resolución No. 012604 del 10 de mayo del 2010, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la indemnización sustitutiva con base en 92 semanas cotizadas en cuantía de \$657.078.

Que el 10 de octubre del 2011 solicitó la inclusión de las semanas cotizadas a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, pero esta fue denegada mediante la Resolución No 02629 del 30 de enero del 2012; que en el año 2014 interpuso acción de tutela ante *Colpensiones*, la cual fue fallada a su favor y mediante Resolución No. GNR 271466 del 30 de julio del 2014 el Fondo de Pensiones ordenó la reliquidación de la indemnización sustitutiva en cuantía de \$4.605.081.

Relata que el 25 de marzo del 2015 elevó una nueva solicitud ante el Fondo de Pensiones, frente al reconocimiento pensional, la cual fue negada por acto administrativo GNR 219810 del 23 de julio del 2015; que el 11 de marzo del 2016 nuevamente solicita la reliquidación de la indemnización sustitutiva y esta es denegada mediante la Resolución No. GNR 175257 del 17 de junio del 2016, acto administrativo contra el cual interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, los que fueron desatados de forma desfavorable.

Como quiera que el 27 de marzo del 2015 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, decide reconocer la cuota parte del bono pensional del demandante, consignando en *Colpensiones* la suma de \$142.990.000, por lo que petitionó nuevamente a la encartada la reliquidación de su pensión, pero esta es negada con la Resolución No. GNR 175257 del 17 de junio del 2016, misma que fue recurrida por el actor en reposición y apelación, ambas desatadas de forma desfavorable por la pasiva.



Relata que nuevamente el 21 de abril del 2017 insistió en la reliquidación, frente a lo cual la pasiva negó la solicitud con la Resolución No SUB 48610 del 28 de abril del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que al demandante no le asiste el derecho fáctico ni jurídico para la prosperidad de la pretensión, máxime que la indemnización sustitutiva se liquidó en debida forma.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, corbo de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno, no configuración el derecho al pago de los intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, la genérica y no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, condenó a *Colpensiones* a pagar al demandante la suma de \$7.130.340 por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma esta que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de mayo del 2016 y como IPC final el del mes anterior al que se realice el pago; autorizó a *Colpensiones* a descontar de la reliquidación lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, si ya se realizó algún pago y condenó en costas a la demandada.



Como sustento de su decisión manifestó que no fue objeto de debate que el demandante laboró para la Empresa de Acueducto de Bogotá E.S.P y realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales, y al no contar con las semanas mínimas exigidas para acceder a la pensión de vejez, le asiste el derecho al pago de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Que si bien con la demandada solucionó una indemnización sustitutiva (Fl 28), la misma presenta un yerro en los salarios tenidos en cuenta para su cálculo, pues no se tuvo en cuenta el salario promedio devengado para cada anualidad, dando lugar a una indemnización sustitutiva en cuantía de \$7.130.340.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que en suma indica que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva fue realizado en debida forma, al haberse acogido los salarios y factores establecidos en las normativas pertinentes; igualmente solicita se tenga en cuenta que ha obrado de buena fe en el reconocimiento de la prestación, además por ser una entidad pública aplicó la norma más favorable para el reconocimiento de las prestaciones en cada caso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente acceder a la reliquidación de la indemnización sustitutiva.

c. De la indemnización sustitutiva:

En el *sub-examine* no es objeto de debate que el actor es beneficiario de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en tanto se encuentra plenamente acreditado en el expediente que la misma le fue concedida mediante la Resolución No. 012604 del 10 de mayo del 2010 en cuantía inicial de \$657.078; posteriormente reliquidada mediante la Resolución No GNR 271466 del 30 de julio del 2014, en cuantía igual a \$4.605.081.

d. De la reliquidación de la indemnización sustitutiva

Siendo ello así, es del resorte de la Corporación entrar a establecer si la misma no fue liquidada en debida forma, al haberse omitido los tiempos laborados por el demandante para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, respecto de los cuales la mentada entidad procedió a reconocer la correspondiente cuota parte pensional mediante Resolución No 0173 del 27 de marzo del 2015 (Fls 24 a 26).

Siendo ello así, es menester de la Sala recordar que acorde lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva equivale a un salario base de liquidación promediado, multiplicado por el número de semanas cotizadas, al cual se le aplica el promedio semanal ponderado de los porcentajes sobre los cuales cotizó. En efecto, la normativa alude:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le



aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Disposición normativa que fue regulada por el artículo 3° Decreto 1730 del 2001, el cual fijó los parámetros de liquidación de la indemnización, así:

“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

“Donde:

“SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

“SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

“PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

“En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

“A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993”.

Asimismo, en lo tocante a los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, tenemos que acorde al artículo primero de dicha disposición normativa, los mismos están



conformados por la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, la prima de antigüedad, la remuneración por trabajo en dominicales y festivos, la remuneración por trabajo suplementario y la bonificación por servicios prestados.

De cara a lo indicado la Sala procedió a realizar los cálculos aritmético de rigor con apoyo del grupo liquidador logrando determinar que el monto de la indemnización realmente asciende a la suma de \$9.011.882,00, precisando en que la diferencia entre esta y la efectuada por el Juzgado de primera instancia, varió en cuanto el promedio ponderado de los porcentajes de cotización tenido en cuenta por el fallador de primera instancia fue de 4,94% y en esta instancia se determinó que lo fue de 5,444%, tal como se evidencia en la respectiva liquidación:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1954	30	0,037	126,149	3.379,667	\$ 60,00	\$ 202.780,00	\$ 202.780,00
1955	365	0,037	126,149	3.379,305	\$ 60,00	\$ 202.758,00	\$ 2.466.889,00
1956	30	0,038	126,149	3.312,748	\$ 135,00	\$ 447.221,00	\$ 447.221,00
1957	30	0,041	126,149	3.069,330	\$ 158,42	\$ 486.251,00	\$ 486.251,00
1960	31	0,058	126,149	2.184,784	\$ 320,00	\$ 699.131,00	\$ 722.435,00
1961	365	0,062	126,149	2.035,128	\$ 380,00	\$ 773.349,00	\$ 9.409.080,00
1962	31	0,066	126,149	1.924,653	\$ 380,00	\$ 731.368,00	\$ 755.747,00
1969	190	0,149	126,149	844,855	\$ 660,00	\$ 557.604,00	\$ 3.531.492,00
1970	33	0,162	126,149	777,750	\$ 527,55	\$ 410.298,00	\$ 451.328,00
1971	120	0,173	126,149	729,723	\$ 575,88	\$ 420.229,00	\$ 1.680.916,00
1972	366	0,197	126,149	639,927	\$ 1.305,00	\$ 835.105,00	\$ 10.188.281,00
1973	365	0,225	126,149	561,378	\$ 1.985,00	1.114.335,00	\$ 13.557.743,00
1974	365	0,279	126,149	452,419	\$ 2.335,00	1.056.399,00	\$ 12.852.855,00
1975	365	0,352	126,149	358,068	\$ 2.990,00	1.070.623,00	\$ 13.025.913,00
1976	366	0,415	126,149	304,035	\$ 3.660,00	1.112.770,00	\$ 13.575.794,00
1977	365	0,522	126,149	241,753	\$ 4.840,00	1.170.083,00	\$ 14.236.010,00
1978	339	0,672	126,149	187,825	\$ 6.290,00	\$	\$ 13.350.035,00



						1.181.419,00	
1979	365	0,795	126,149	158,605	\$ 7.430,00	1.178.435,00	\$ 14.337.626,00
1980	366	1,024	126,149	123,141	\$ 9.370,00	1.153.828,00	\$ 14.076.702,00
1981	365	1,289	126,149	97,844	\$ 11.900,00	1.164.343,00	\$ 14.166.173,00
1982	55	1,630	126,149	77,372	\$ 15.240,00	1.179.150,00	\$ 2.161.775,00
1989	31	6,566	126,149	19,214	\$ 32.559,92	\$ 625.596,00	\$ 646.449,00
1992	230	13,901	126,149	9,075	\$ 65.190,00	\$ 591.582,00	\$ 4.535.462,00
1995	30	26,147	126,149	4,825	\$ 130.000,00	\$ 627.203,00	\$ 627.203,00
1996	30	31,237	126,149	4,038	\$ 130.000,00	\$ 524.999,00	\$ 524.999,00
2002	153	66,729	126,149	1,890	\$ 363.856,08	\$ 687.861,00	\$ 3.508.091,00
Total días	5381					Total devengado actualizado a 2016	\$ 165.525.250,00
Semanas Cotizadas S.C.	768,71					Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.	\$ 215.327,40
						Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.	5,444%
						VALOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA a 2016	\$ 9.011.882,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 9.011.882,00
Total	\$ 9.011.882,00

Por lo expuesto dado que en primera instancia se dispuso que el valor de la indemnización sustitutiva sería de \$7.130.340, en virtud el principio de *no reformatio in pejus* se mantendrá incólume el monto de la reliquidación establecido en primera instancia.

e. De la Prescripción

Como quiera que el presente asunto también se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, entrará la Sala a analizar la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, en torno a la cual se tiene que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL-4559 del 2019 recogió su postura, estableciendo que la indemnización sustitutiva no se encuentra sujeta al fenómeno jurídico de la prescripción, dada la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social. De igual manera, en sentencia SL-5544 del 2019, expuso:



“En efecto, aunque esta Corporación había considerado que la reclamación de la indemnización sustitutiva estaba sometida al término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, lo cierto es que mediante decisión CSJ SL4559-2019 tal postura fue recogida al concluir que desde un enfoque material y no meramente formal, la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, persigue su satisfacción en su totalidad, para que todos los derechos e intereses que ampara encuentren una protección real y efectiva.

“Por tanto, en criterio actual de esta Corte, así como no prescriben los asuntos innatos a la pensión, la indemnización sustitutiva tampoco se afecta por tal fenómeno, pues también es un derecho «de carácter pensional» dado que tiene la característica básica de ser una garantía que se configura mediante un ahorro forzoso destinado a cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

“Por tal razón, no puede considerarse que la referida indemnización tenga una condición distinta a la de un derecho pensional o sea opuesta a éste, como lo sugiere el censor, pues no se trata de un crédito laboral sujeto a las reglas trienales de prescripción, sino que, en el marco del sistema de seguridad social, corresponde a una garantía que ampara el riesgo de vejez ante la imposibilidad de acceder a la pensión, es decir, opera en su reemplazo o en subsidio de esta prestación. Así entonces, es a través de la indemnización sustitutiva que el afiliado que no logra pensionarse, puede mitigar la desprotección en materia de seguridad social que enfrenta ante la imposibilidad de obtener una prestación periódica que asegure su vejez.

“Siendo ello así, la indemnización sustitutiva debe recibir el mismo tratamiento que una pensión en materia de imprescriptibilidad, dada su relación con la materialización de otros derechos fundamentales. Así lo explicó esta Corporación en la mencionada sentencia CSJ SL 4559-2019”

Postura que a juicio de esta Sala resulta aplicable incluso en tratándose de la reliquidación de la indemnización sustitutiva, como sucede en autos; máxime cuando el cambio de criterio adoptado por nuestro máximo órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral se fundamenta en que dicha indemnización debe recibir el mismo tratamiento que el derecho a la pensión, así pues, al ser imprescriptible la reliquidación pensional, *mutatis mutandis*, la reliquidación de la indemnización sustitutiva también lo sería.



Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

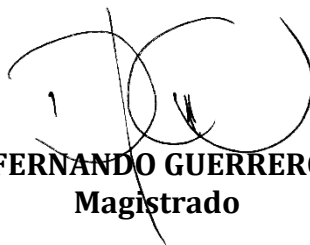
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **29201800053 01**
Demandante: DAVID ALEJANDRO CAMARGO RACHE
Demandado: CITIBANK COLOMBIA S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *David Alejandro Camargo Rache* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Citibank Colombia S.A* a efectos que se declare que la pasiva violó el derecho fundamental al debido proceso del actor, por no garantizar y respetar el proceso legal en toda la actuación de descargos para despedir al trabajador por justa causa previstos en el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto 1072 del 2015 y para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965; en consecuencia se condene a la empresa al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto contemplado en el artículo 64 del C.S.T; se reconozca que el último salario promedio percibido por el actor fue de \$2.145.512,38; se ordene la indexación de los valores adeudados, más lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 1° de agosto de 2006 la pasiva vinculó al actor para desempeñar el cargo de "*Ejecutivo de Ventas Insurance*", pactando como salario una suma variable; que el 1° de noviembre de la misma anualidad, el contrato se prorrogó automáticamente y desde ese entonces se continuó prorrogando hasta el 11 de noviembre del 2016.



Indica que el 11 de noviembre del 2016 fue citado a descargos, y ese mismo día fue escuchado, adoptando la decisión de despedirlo por no cumplir con el número de puntos requeridos del programa VCP.

No obstante, aduce que la pasiva incumplió el procedimiento que de sebe accionar para la terminación unilateral del contrato individual del trabajo por rendimiento deficiente, toda vez que no lo tuvo en cuenta para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, reglamentado por el Decreto 1072 del 2015, violando los principios de tipicidad, proporcionalidad y favorabilidad, máxime que se analizó el grado de culpabilidad de la conducta del trabajador.

Finalmente, que la liquidación final del contrato de trabajo fue cancelada el 18 de noviembre del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación, admitió la existencia de un contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 1° de agosto del 2006, precisando que fue modificado a término indefinido, sin embargo se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que en observancia del derecho al debido proceso, lo citó a descargos con el fin de escuchar la versión de los hechos y sus razones de defensa, la cual se llevó a cabo en debida forma y con todas las garantías que le asisten al demandante.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de la falta grave por incumplimiento de metas, buena fe, mala fe del demandante, prescripción, pago, compensación, improcedencia del pago de la indemnización por despido injusto y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de septiembre del 2019 declaró que entre las partes existió una relación laboral del 1° de agosto del 2006 al 11 de noviembre del 2016, devengando un salario de \$806.688;



que el mismo terminó sin justa causa y por ende condenó a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto en cuantía igual a \$12.960.827,20, la cual deberá ser debidamente indexada a la fecha de su pago y la condenó en costas.

Para tal efecto aduce que no existe discusión alguna en cuanto a la vinculación del demandante con la accionada, ni en cuanto a los extremos laborales, centrándose la discrepancia en cuanto al término de duración del contrato, por cuanto la parte demandante indica que se trata de un contrato de trabajo a término fijo, mientras que la parte demandada refiere que se trata de un contrato de trabajo a término indefinido, frente a lo cual estima que en la cláusula quinta se pactó que *“la quinta parte del presente contrato se considera como periodo de prueba [...]vencido el cual la duración de este contrato será indefinida”*.

Sentado lo anterior, el Despacho encuentra que el actor devengaba un salario variable, el cual ascendía a un monto de \$1.805.688.

Frente al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T., que de acuerdo con la carta de terminación del contrato, esta obedeció al incumplimiento de metas, dado que estuvo por debajo del 80%, hecho aceptado por el demandante en la diligencia de descargos, conducta que se pactó como falta grave en el contrato de trabajo, y que a su vez se relaciona directamente con la deficiencia en el rendimiento, por lo cual, debía adelantarse el procedimiento establecido en la ley para esa justa causa, lo cual no observó el empleador, por lo que condenó a su pago.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* por pasiva se interpone recurso de apelación señalando que en efecto el incumplimiento de metas fue pactado por las partes como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, en la cual además incurrió el actor, sin que se haya endilgado la causal de rendimiento deficiente.

Resalta lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia Radicación No. 35998 del 25 de junio del 2009, en un caso similar al presente en el que se pacta como justa causa de despido el incumplimiento de metas.

En relación al debido proceso y derecho de contradicción argumenta que en el



expediente reposa la citación a descargos, que es una comunicación del 11 de noviembre del 2016, en la cual se le especificó al demandante que era en relación con el cumplimiento de metas comerciales en los meses de septiembre del 2015 a septiembre del 2016. En el mismo expediente reposa la diligencia de descargos.

Precisa que la sentencia C-593 del 2014 hace referencia a sanciones disciplinarias, lo cual no aconteció en el plenario.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si el despido del demandante acaeció con justa causa.

c. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual se extendió del 1° de agosto del 2006 al 11 de noviembre del 2016, por cuanto así lo encontró acreditado la *a-quo*, con arreglo al contrato de trabajo aportado y sus otros sí (Fls 134 a 194), sin que ninguna de las partes presentase su inconformidad en la alzada respecto del particular.

d. Del despido injusto:

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es sabido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.



Así las cosas, lo primero en lo cual repara esta Corporación es en la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folios 62 a 63, de la cual dimana que la pasiva dio por terminado el vínculo laboral con justa causa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1° del artículo 58 del mismo Estatuto, así como lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo en los artículos 47 literal e), 51) numeral 1) y 56 literal f), con fundamento en el grave y reiterado incumplimiento de las obligaciones contractuales asignadas a su cargo, dado que de forma reiterada incumplió los objetivos comerciales que le fueron asignados (Fls 62-63).

Asimismo, se tiene que los hechos que dieron lugar a la justeza del despido fueron acreditados por la encartada, con la diligencia de descargos desarrollada el día 11 de noviembre del 2016, en el curso de la cual se le puso de presente al demandante las metas que le fueron asignadas durante el último año de labores y los resultados obtenidos dentro de cada mes, en las que se corrobora que para el mes de junio del 2016 el actor solo cumplió el 63%, para julio del 2016 el 43%, para agosto del 2016 el 34% y para septiembre del 2016 el 17%; reconociendo de forma clara el demandante que no cumplió con las metas planteadas para dichos meses e indicando que ello acaeció por cuanto no estaba concentrado dado que estaba buscando un cambio de área (Fls 204-207).

Igualmente se corrobora que el demandante en su interrogatorio de parte aceptó que en el parágrafo primero del contrato de trabajo se pactó que el incumplimiento de las metas constituye una falta grave y su incumplimiento acarrea la terminación legal del contrato.

En igual sentido la testigo *Norma Patricia Méndez Galeano*, quien relató que la empresa tomó la determinación de terminar el contrato del actor conforme una política de *low performance*, esto es, cuando una persona permanece tres meses consecutivos en bajo rendimiento, frente a lo cual se hace un proceso de diligencia de descargos para la terminación del contrato; igualmente explica el proceso de seguimiento adelantado al demandante por el incumplimiento de las metas, siendo requerido por su bajo desempeño. Por esta misma senda, el testigo *Jonathan Ricardo Salamanca Moreno* dio cuenta que el actor debía cumplir por lo menos el 80% de la meta y como esta se calcula, acorde a la productividad del año anterior.



Igualmente corrobora la Sala que en el párrafo primero del numeral sexto del contrato de trabajo, las partes pactaron:

“PARÁGRAFO PRIMERO: Por tratarse de la obligación principal del cargo de EJECUTIVOS DE VENTAS INSURANCE, las partes acuerdan que el incumplimiento de las metas o presupuestos de ventas que consta en el Programa VCP anexo, aunque sea por primera vez, constituye una FALTA GRAVE por violación a la obligación principal del contrato y es meritorio de terminación del contrato de trabajo”.

Implica lo precedente que las partes pactaron de forma clara en el contrato de trabajo que el incumplimiento de metas era una falta grave, y por ende, una justa causa para terminar el contrato de trabajo. De igual forma, se reitera que no existe duda alguna en que el demandante incumplió las metas que le fueron impuestas durante los meses de junio a septiembre del 2016, como se desprende de los medios probatorios previamente analizados.

En claro lo enunciado, para esta Sala no existe duda en que el despido del actor acaeció con justa causa, por el incumplimiento grave de una de las obligaciones pactadas por las partes acorde lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, numeral 6°. Siendo del caso precisar que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en referir en reiterados pronunciamientos que cuando quiera que se encuentre establecido en el contrato, reglamento o convención que una conducta está tipificada como falta grave, no le es dable al Juez entrar a calificar la misma, *verbi gratia* en la sentencia con Radicación No. 15822 del 19 de septiembre del 2001, en la que la Alta Corporación de cierre de esta jurisdicción, puntualizó:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal”.



Ahora, no se desconoce la postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al indicar que cuando quiera que la justa causa de despido invocada sea el deficiente rendimiento en el trabajo previsto en el numeral 9° del artículo 7° del Decreto 2371 de 1965, se requiere agotar previamente el procedimiento vertido en el artículo 2 1.1.1.3 del Decreto 1072 del 2015, no obstante, en autos la causa de terminación del contrato no fue la prevista en el numeral 9° sino la del numeral 6°.

Luego no comparte la Sala la postura de la falladora de primera instancia, al reprochar a la encartada el incumplimiento del procedimiento vertido en el Artículo 2 1.1.1.3 del Decreto 1072 del 2015, en tanto este se erige en los casos en los cuales el contrato finalice con ocasión al numeral 9° del artículo 7° del Decreto 2371 de 1965 y no por el numeral 6° como se presenta en autos.

Merece igualmente resaltar que la presente providencia, no desconoce el derecho al debido proceso que le corresponde que le asiste al trabajador, pues si bien no comparte la Sala que la posición de la togada se fundamente en la sentencia C- 593 del 2004, en cuanto esta atañe de forma exclusiva al proceso disciplinario, es menester de la Sala recordar que en reciente pronunciamiento la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recogió su postura en cuanto a la falta de necesidad de agotar un procedimiento disciplinario previo al despido, cuando quiera que este no conste en el Reglamento Interno de Trabajo, Convención o contrato de trabajo, precisando que por lo menos se le debe dar al trabajador la oportunidad de ser escuchado, como se indica en la sentencia SL 2351 del 2020, con Radicación 53676 del 8 de julio del 2020, en la que explicó:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”



No obstante, en el presente juicio la pasiva cumplió con la obligación de escuchar al trabajador previo a su despido, dándole la oportunidad de pronunciarse respecto de las faltas que se le endilgaban en diligencia de descargos evacuada el 11 de noviembre del 2016 (Fls 204-207). Por manera que, al no existir prueba alguna que demuestre que dentro del reglamento interno de trabajo, la convención o el contrato, las partes hayan pactado cualquier otro tipo de procedimiento previo al despido, dimana lógico inferir que no se quebranto el derecho al debido proceso del promotor.

De cara a lo indicado, acreditada la justeza del despido del actor como se ha venido exponiendo a lo largo de esta providencia, habrá de ser revocada la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Asimismo, se declarará probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, relevándose la Sala del estudio de los demás medios exceptivos propuestos, dadas las resultas del presente litigio.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera correrán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 35 201800148 01
Demandante: MIGUEL ANGEL PLAZAS PARDO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la doctora *Leidy Carolina Fuentes Suarez* identificada con C.C No 1.049.614.551 y T.P 246.554 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

Asimismo, con fundamento en el poder allegado por *Porvenir S.A*, se reconoce personería adjetiva para actuar en su representación al profesional del derecho *Fredy Quintero López*, identificado con C.C No 79.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como la consulta en beneficio de la última entidad, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor *Miguel Ángel Plazas Pardo* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A. y Colpensiones*, para que se declare la nulidad del traslado de régimen y en consecuencia se ordene el retorno del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y en consecuencia se condene a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual; se declare y reconozca a favor del demandante, cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda y se ordene a las demandadas a asumir el valor de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 17 de noviembre de 1954 y a la fecha cuenta con 1.538 semanas; que se encuentra cotizando para obtener la pensión de vejez desde el mes de mayo de 1981; que a partir del año 1994 las AFP iniciaron campañas masivas para promover el traslado de régimen y en abril de 1998 fue persuadido para trasladarse a *Porvenir S.A*, sin que se le haya suministró la información suficiente, pues pese a conocer el monto de sus ingresos, se le aseveró que era más conveniente trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se le haya realizado una proyección de su pensión.

Afirma que el 19 de agosto del 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, pero este fue denegado por la entidad el 28 de agosto del 2017. En igual sentido, radicó solicitud ante *Porvenir S.A* el 28 de agosto del 2017, sin que se obtuviera respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra aduciendo en su defensa que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad de forma libre y voluntaria, por lo que el contrato de afiliación es plenamente válido.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima media con Prestación Definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del I.P.C, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que el traslado no fue realizado en contra de una prohibición legal, al contrario, el mismo se dio atendiendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia ordenó a la AFP *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración; condenó a *Colpensiones* a afiliar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación



Definida y recibir todos los aportes recibidos por la AFP *Porvenir S.A*, a quien condenó en costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que no se probó dentro del plenario, pues *Porvenir S.A* no aportó los medios de convicción para lo de su cargo en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Adiciona que conforme el criterio de la jurisprudencia el engaño no se encuentra en la información que se suministra, sino respecto de aquella que dejan de brindar las Administradoras. Refiere que no se puede considerar como admisible el hecho que con la suscripción del formulario se pueda entender acreditada la voluntad del actor como libre y consiente, ya que se lograron demostrar las consecuencias frente a su derecho prestacional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, manifestando en síntesis que dicho traslado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado, de hecho, manifestó en su interrogatorio que aproximadamente lo visitó un asesor unas reiteradas oportunidades, que leyó el formulario y lo suscribió de forma voluntaria.

Igualmente solicita se tenga en cuenta que el artículo 2° de la Ley 797 establece que la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin que por ello pueda predicarse la existencia de un error por vicio de consentimiento, pues aquel fue libre y voluntario; que por razones financieras y de estabilidad económica en el sistema pensional el artículo 1° del Decreto 3800 del 2003 limitó este derecho cuando el afiliado



le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad pensional, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, y de igual forma el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte.

A su turno *Porvenir S.A* se interpuso al recurso de apelación aduciendo en primera instancia que las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia a las que se hace alusión, si bien invierten la carga de la prueba, en el presente evento no se verificó un análisis de los medios probatorios allegados por la AFP, por lo cual no se hizo una debida valoración respecto al interrogatorio de parte surtido por el demandante, en el cual confesó que conoció por parte del asesor, las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más aun cuando previo a la afiliación recibió reiteradas asesorías individuales; por otra parte el deber de información se plantea en cuatro etapas históricas, ubicándose el presente caso en un nivel de información general, por ende no se debe exigir una asesoría y buen consejo dispuesto a partir de la Ley 1328 del año 2019.

Por otra parte, que no debe asumir con su propio pecunio la financiación del capital de la pensión y los gastos de administración, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estipula la naturaleza de los dichos gastos de administración, máxime que el artículo 964 del C.C., estipula sobre la restitución de los frutos que *“el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda en cuanto a los percibidos después estará sujeto a las reglas de los incisos anteriores, en la restitución de frutos se abonarán al que hace los gastos ordinarios que se ha invertido en producir”*.

Asimismo, por resultar la sentencia adversa a *Colpensiones*, será analizada la misma en el grado jurisdiccional de consulta respecto de dicha entidad.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media



al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios*



del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tenía o no una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 31 de marzo de 1998 a la AFP *Porvenir S.A* (Fl 98), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas*



similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, en tanto se limitó a indicar que la información suministrada al momento del traslado radicaba básicamente en que el monto de su pensión sería más estable, limitándose a aceptar que mencionaron lo atinente a los bonos pensionales y los aportes voluntarios, información que si bien recibió en quince visitas recibidas por el asesor, en modo alguno acreditan que en efecto se haya suministrado la información completa y veraz, en aras de que se diera un consentimiento informado. Adicionalmente *Porvenir S.A* en el interrogatorio de parte acepta que no cuenta con soporte de la información brindada al momento de la afiliación, por cuanto esta fue suministrada de forma verbal.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja como consecuencia la devolución de saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN

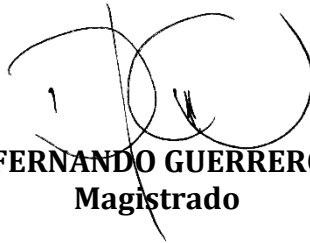
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

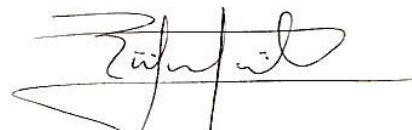
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 15 2018 00289 01
Demandante: EDUARDO ROJAS BUSTOS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En virtud del poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO identificado con C.C No 1.018.418.797 y T.P No 222.106 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Eduardo Rojas Bustos*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por consiguiente, se condene a la pasiva a reliquidar retroactivamente su mesada pensional, en el entendido



que se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que cotizó ante *Colpensiones* durante más de 35 años, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 750 semanas; que la accionada negó el reconocimiento de la pensión de vejez, aduciendo no contar con 15 años de servicios para el 1º de abril de 1994 ni tener 40 años de edad para dicha data, frente a lo cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, aduciendo ser beneficiario del régimen de transición, ello en tanto no se tuvo en cuenta las semanas cotizadas por Sofasa S.A de octubre de 1982 y por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Que al desatarse los recursos le fue reconocida una pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 70.5%, no obstante, no se tuvo en cuenta que desde la petición del 24 de agosto de 2015 se había solicitado la corrección de la historia laboral, aunado a ello que no se tuvo en cuenta otras semanas cotizadas por la Comercializadora Musashi de Colombia S.A, por lo cual la tasa de reemplazo, en virtud de ser beneficiario del régimen de transición, debió establecer en el 90%.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, argumentando que el actor no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que los 60 años de edad los cumplió el 14 de febrero de 2015, fecha para la cual el régimen transicional se había extinguido.



Formuló las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, absolvió a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el actor no cumplía con 40 años de edad, sí acreditaba más de 15 años de servicios, exactamente 873 semanas de cotización.

A pesar de lo anterior, el Acto Legislativo 01 de 2005 restringió el derecho pensional inicialmente hasta el 31 de julio de 2010 y posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2014, y en razón a que el demandante cumplió los 60 años de edad el día 14 de febrero 2015, esto es, cuando el régimen de transición ya había sido derogado por voluntad del legislador que modificó la Constitución Política, de ahí que resulte improcedente la aplicabilidad del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Por último enfatizó que, si bien el demandante en los alegatos de conclusión insistió que se le aplique la condición más beneficiosa y las expectativas legítimas, la primera únicamente opera para pensiones de invalidez y sobrevivientes, y respecto de la segunda, el Acto Legislativo 01 de 2005 respetó dicha figura conforme lo analizó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-555 de 2014, por lo que resulta improcedente lo pretendido.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante, inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que se debe tener en cuenta la sentencia SU-005 de 2018 emanada por la Corte Constitucional, pues la misma argumenta que en materia social se debe dar aplicación ultra activa de la legislación, más exactamente el Acuerdo 049 de 1990, e incluso regímenes anteriores.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente que al demandante le sea reliquidada su pensión de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y en consecuencia se le aplique una tasa de reemplazo del 90%.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver el anterior problema jurídico, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la entidad mediante Resolución GNR 39845 del 3 de febrero de 2017 le negó al demandante una pensión de vejez por considerar, que no era beneficiario del régimen de transición y además a de conformidad con la Ley 797 de 2003, a la fecha de solicitud de la prestación, esto es, el 1º de febrero de 2017, no contaba con 62 años de edad (Fls 16 a 10).



Tampoco el hecho que mediante Resolución SUB 35093 del 19 de abril de 2017, *Colpensiones* le reconoció al señor *Eduardo Rojas Bustos* pensión de vejez bajo la Ley 797 de 2003 a partir del 14 de febrero 2017 en cuantía inicial de \$11.658.689, al ostentar 62 años de edad y contar con 1.936 semanas. En la misma resolución, negó el derecho pensional bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto cumplió los 60 años de edad para el 2015, esto es, cuando el régimen de transición se había extinguido (Fls. 14 a 18).

Posteriormente mediante Resolución SUB 284958 del 30 de octubre de 2018, la encartada reconoció una reliquidación pensional de la mesada del demandante, para lo cual decidió que esta ascendía a la suma de \$12.168.110, pero insistiendo en la negativa de pensionársele con el régimen de transición, ya que este derecho había culminado en el año 2014, sin que para dicha anualidad hubiese cumplido los 60 años de edad.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio



de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Puestas así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En tal sentido, si bien el demandante ostentó una densidad de semanas de 1.936, lo cierto es que según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 90 del expediente, es palmario que el demandante nació el 14 de febrero de 1955, por lo que los 60 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2015, lo que conlleva a concluir que no es beneficiario de régimen de transición como lo sostuvo el fallador de primer grado, en tanto para cuando acreditó el cumplimiento del requisito de la edad mínima, había fenecido el régimen de transición, lo que imposibilita su aplicación.

Otro aspecto a resaltar es que el apelante argumenta la concesión de su reliquidación, atendiendo lo aludido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-005 de 2018, más exactamente en su acápite 4.5.2, la cual aduce que en materia social hay lugar a la aplicación ultra activa de la legislación, más exactamente el Acuerdo 049 de 1990, e incluso regímenes anteriores.

Argumento que no resulta de asidero, como quiera que la referida sentencia hace una exposición tanto de la condición más beneficiosa como la ultractividad de derechos pensionales, pero únicamente con ocasión de la *pensión de sobrevivientes*, por lo que el actor no puede pretender que sus dichos se interpreten con lineamientos que no son los consagrados en la precitada jurisprudencia.



Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:


En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **08 2018 00293 01**
Demandante: ROQUE LOAIZA GUERRA
Demandado: BANCO COMPARTIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus pretensiones, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la SS.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Roque Loaiza Guerra*, formuló demanda Ordinaria en contra del *Banco Compartir S.A.*, a fin de declararse que ingresó a laborar con la demandada a través de contrato de aprendizaje el 2 de noviembre de 2004 por un término de seis (6) meses, cuando finalizó dicho vínculo fue contratado a término indefinido a partir del 1º de mayo de 2005 en el cargo de Auxiliar Operativo, y posteriormente desempeñó varios cargos tales como Auxiliar de Referenciación y Verificación, Auxiliar de Crédito, Visitador de Negocios, Analista de Crédito de Vehículos, y a partir del 1º de mayo de 2015, ocupó el cargo de Analista de Cumplimiento, último en el que se le despidió sin justa causa.



Por consiguiente, se le condene a la encartada al pago de la sanción por despido sin justa causa, junto con la respectiva indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que ingresó a laborar el 2 de noviembre de 2004 al servicio de la demandada mediante contrato de aprendizaje por un término de seis (6) meses, devengando un apoyo de sostenimiento mensual por valor de \$380.000.

Que luego de finalizado dicho vínculo el 1º de mayo de 2005, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Auxiliar Operativo, luego ocupando cargos de Auxiliar de Referenciación y Verificación, Auxiliar de Crédito, Visitador de Negocios y finalmente Analista de Crédito de Vehículos, labores respecto de las cuales nunca recibió ningún llamado de atención o sanción alguna.

Seguidamente adujo que la demandada realizó una fusión por absorción con la Financiera América S.A., por lo que en el primer trimestre del año 2015 la pasiva realizó un concurso interno con la finalidad de que fuera promovido, a lo cual el 1º de mayo de 2015 empezó a desempeñar el cargo de Analista de Cumplimiento, suscribiendo una cláusula el 7 de mayo del mismo año, en la que se modificó el cargo al de Analista de Cumplimiento, siéndole entregado el respectivo manual de funciones, que se modificó el día 16 de agosto de 2016.

Que el 19 de julio de 2017, la demandada lo citó a descargos para el día 21 de julio del mismo mes y año, para que fuera escuchado en versión libre respecto de los hechos relacionados con el resultado de la gestión de casos (Alertas) SARLAFT, generados a partir de la apertura de la cuenta de ahorros de la empresa Oracle de Colombia Ltda., así como la transaccionalidad de dicha cuenta, ya que no se advirtieron de LA/FT.



Como consecuencia de lo anterior, el 21 de julio de 2017, se llevó a cabo la diligencia de descargos, donde se le dio por terminado el contrato de trabajo de una manera unilateral y sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, resaltando en primer lugar que el demandante tuvo dos vínculos contractuales de naturaleza distinta. El primero de ellos se refiere a un contrato de aprendizaje entre el actor y la Compañía Financiera Compartir S.A. regulado por el Decreto 933 de 2003, que tuvo como inicio el 2 de diciembre de 2004 y finalización el 1º de mayo de 2005; el segundo contrato, correspondió a una relación laboral regida por el C.S.T., que terminó por una falta grave a las obligaciones laborales que originó la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa.

Frente a los motivos del despido, adujo que en la diligencia de descargos que se le efectuó al actor, quedó evidenciada la omisión del procedimiento cuando este afirmó que no envió las planillas financieras y tampoco solicitó a la oficina del siete de agosto la explicación de los movimientos inusuales realizados en la cuenta.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación, buena fe y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones interpuestas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de



las obligaciones pretendidas, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, y ausencia de la obligación demandada.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que analizados los medios de prueba en su conjunto, se logró establecer que de conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., la decisión adoptada por el empleador de terminar la relación contractual con el demandante en efecto obedeció a una justa causa como lo fue el incumplimiento de las obligaciones que el demandante tenía a su cargo, lo cual permitió un perjuicio frente a la empresa Oracle Colombia Ltda., entidad que con posterioridad repitió en contra de la demandada.

Ello por cuanto el actor ocupaba el cargo de Analista de Cumplimiento, por lo que tenía dentro de sus obligaciones el monitoreo y reporte de las alertas generadas por el aplicativo dispuesto por la demandada cuando se presentaran movimientos y operaciones inusuales, sin que hubiese dado cumplimiento a los manuales de perfil y procedimiento respecto de su cargo, pese a contar con la suficiente experiencia en el cargo.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

En razón a que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si el despido que efectuó la demandada para con el demandante obedeció a una justa causa, para así establecer si hay lugar al pago de la sanción por despido sin justa regulada en el artículo 64 del C.S.T., que se deberá cancelar de manera indexada.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche el contrato de trabajo y los extremos temporales que ataron a las partes, ello por cuanto yace un contrato de aprendizaje en los términos establecido en la Ley 933 de 2003, suscrito por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2004 y el 1º de mayo de 2005 (Fls. 49 a 53).

Otro contrato de trabajo suscrito el 1º de mayo de 2005, que finiquitó el 4 de agosto de 2017 según da fe la carta de terminación del contrato de trabajo (Fls. 30 a 31 y 46 a 48).

Tampoco el hecho que el actor a la finalización del vínculo ocupaba el cargo de Analista de Cumplimiento.

Ahora bien, respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.



Sobre este aspecto, a folios 30 y 31 obra la carta de terminación del contrato de trabajo que emitiera la pasiva al demandante el 4 de agosto de 2017, suscrita por la Directora de Calidad y Experiencia de la encartada en la que se expusieron las razones del despido, concluyéndose que la finalización del contrato de trabajo se encontraba debidamente justificado al tenor de lo establecido en el numeral 6) del Literal a) del artículo 62 del C.S.T., de ahí que el actor haya probado el despido conforme a las reglas jurisprudenciales; circunstancia por la cual, se adentra la Sala a analizar si las causales allí indicadas se encuadran en una terminación justa del vínculo contractual.

La motiva de la mentada carta de terminación, expone que efectuada la diligencia de descargos que se le practicó al actor el día 21 de julio del año en curso, se logró determinar que luego de una investigación, se incumplió con los procedimientos y funciones del cargo al omitir analizar y alertar a la empresa sobre los LA/FT - riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo-, de las transacciones realizadas por el supuesto cliente Oracle Colombia Ltda. a partir de la apertura de las cuentas de ahorros.

Se comprobó que, sin realizar un debido análisis que lo llevara a concluir la ausencia de riesgos de LA/FT en las transacciones en cuentas de ahorro tanto débito como crédito por montos considerables y llamativos para el caso, el actor desatendió de forma negligente e injustificada las alertas generadas por la herramienta SPSS Modeler, sin remitir a la Oficina Siete de Agosto los casos identificados en los meses de enero y febrero de 2017 a efectos de adelantar la investigación y análisis de las transacciones, limitándose a registrar *“PJ (persona jurídica), se alerta por no diligenciar las planillas financieras”*. Igualmente, no solicitó a la Oficina Siete de Agosto, la creación de las plantillas financieras en el módulo de clientes, a pesar que desde el mes de enero de 2017 se había detectado dicha irregularidad, conductas que ocasionaron notables perjuicios a la empresa, amén de las sanciones, reclamaciones y demás investigaciones que se deben afrontar por dicha eventualidad.



Que por tal motivo, la conducta se revistió de la mayor gravedad, debido a que con el irresponsable y descuidar actuar, desatendió las órdenes e instrucciones para las que se le contrató.

Así las cosas, confrontado el caudal probatorio, se tiene que la investigación que arguye la demandada en la carta de terminación versa respecto la auditoría que se adelantó el 13 de julio de 2017, cuyo asunto fue la *“investigación por apertura de la cuenta de ahorros No. 110540430035106 en la oficina Siete de Agosto, a nombre de Oracle Colombia Limitada, con documentos presuntamente falsos; a través de la cual se depositaron recursos en cheque que ascendieron a la suma de \$2.280.318.739.25 (14 operaciones) y se retiró en efecto la suma de \$1.458.830.000.00 (22 operaciones)”*.

Esta auditoría tuvo como conclusión que la cuenta referida fue abierta con el fin de defraudar a la compañía Oracle Colombia Ltda., situación que se informó a esa Compañía los días 26 y 27 de abril por parte de la Secretaría General del Banco, así como se estableció que en la apertura de la cuenta de ahorros, la generación y gestión de las alertas de SARLAFT y del Perfil Transaccional y el pago de los retiros de la cuenta, obedeció a que se presentaron omisiones y debilidades en la aplicación de los controles definidos en los procesos, por lo que se determinaron responsabilidades administrativas en los colaboradores, que para el caso del demandante se le endilgó en:

- (i) Había cerrado las alertas generadas por las herramientas SPSS Modeler sobre transacciones en cuentas de ahorro tanto débito como crédito por montos considerables, para los meses de enero y febrero, sin analizar un adecuado análisis que lo llevara a concluir la ausencia de riesgos de la LA/FT.
- (ii) No remitir a la oficina Siete de Agosto los casos identificados en enero y febrero de 2017, para que se adelantara la gestión de investigación y análisis de las transacciones, limitándose únicamente a registrar que PJ, se alerta por no registrar las planillas financieras.



- (iii) No solicitó a la oficina Siete de Agosto la creación de las plantillas financieras en el módulo de clientes, como información relevante para la identificación de caos, ya que desde el mes de enero se había declarado su ausencia.

Por tal razón, fue que la pasiva citó a descargos al demandante el 19 de julio de 2017 para el 21 de julio de 2017 (Fl. 306), por lo que en principio se observa que a este le fue respetado el debido proceso, descargos que en efecto se llevaron a cabo el 21 de julio de 2017 (Fls. 32 a 36).

Ahora, del manual de funciones del cargo que desempeñó el actor como Analista de Cumplimiento allegado por la demandada (Fls. 253 a 258), se enrostra dentro de alguna de las funciones permanentes cumplir con los procedimientos establecidos por el área de cumplimiento, realizar monitoreo de operaciones inusuales, realizar análisis de segmentación de clientes y elaborar reporte y análisis de clientes desactualizados, sumado a que del Informe Confidencial Caso Oracle Colombia Ltda. (Fls. 71 a 91), en el acápite de señales cualitativas se aprecia que se concluyó que al verificar las señales de alerta cualitativa para casos de LA/FT, se presentaba algunas señales que podían alertar la situación que se estaba presentando, como lo eran los altos depósitos y retiros en efectivo de fondos en cuentas de personas jurídicas, gran volumen de cheques de gerencia o giros consignados en una cuenta, así como las consignaciones periódicas elevadas y retiros inmediatas.

Lo anterior, se acompasa con el Código de Buena Conducta de la entidad (Fls. 98 a 116), que en su numeral 89 se establece el *“cumplimiento de Políticas y Normas del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y/o de la Financiación del Terrorismo”*, puntualizando que las actuaciones de los administradores y trabajadores se obligan a ser de estricto cumplimiento a las disposiciones legales y a los reglamentos y manuales del Banco encaminados a prevenir y controlar el LA/FT, sumado a que el numeral 92 del mismo Código, establece en las *“Sanciones Administrativas Personales”*, que de acuerdo con el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando



cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro trabajador o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia incurra en eventos específicos, podrá ser sancionado por tal organismo, siendo un evento específico el endilgado en el literal a) que preceptúa *“incumpla los deberes o las obligaciones legales que le correspondan en desarrollo de sus funciones”*.

Asimismo, en el Reglamento Interno de Trabajo (Fls. 117 a 141), en su artículo 43, numeral 5, se consigna como una de las obligaciones especiales del trabajador la de *“Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios”*.

En las funciones del cargo de Analista de Cumplimiento (Fls. 247 a 250), se encuentra la de realizar consultas en listas de control de proveedores, convenios, vehículos, empleados, PEPS, clientes extranjeros e incluidos en listas GAFI, entre otros, función que debía realiza diariamente, y en seguida, el actor suscribió la aceptación y compromiso en el que compromete sus esfuerzos a cumplir y hacer cumplir lo estipulado en los mismos y a mantener siempre actuaciones éticas y morales (Fl. 252).

Al unísono, a folios 259 a 251, yace el Anexo IV – Seguimiento y Monitoreo, y en el acápite denominada *“Glosario”*, explica lo que es la *alerta o señales de alerta* indicando que: *“son señales o signos de advertencia usadas para llamar la atención sobre una potencial situación, transacción o actividad inusual y/o sospechosa”*, determinando además como *operación sospechosa* *“aquella operación inusual que, de acuerdo con razones objetivas establecidas por la entidad, es identificada como sospechosa y deberá ser reportada”*.

Recalca en su numeral 5.2.2., que los funcionarios responsables de realizar la gestión de casos SARLAFT, deberán efectuar el seguimiento a los casos generados por los clientes, con el fin de verificar la frecuencia, volumen y características de estas, con las actividades financieras que ejecuta el cliente, y así determinar la presencia de



operaciones inusuales, o si por el contrario son operaciones normales, actividad que se encuentra en cabeza del área de cumplimiento, y frente al cargo del demandante, Analista de Cumplimiento, se regula en el numeral 5.3.1. la descripción de procedimientos, donde para las alertas automáticas narra que para el seguimiento de las transacciones se utiliza el *software* SPSS Modelos, y en ese mismo se diseñaron diferentes rutas de alertamiento, las cuales deben ser gestionadas a través de un archivo Excel, mientras las alertas diarias expuestas en el numeral 5.3.1.1, dice que se genera por la realización de una o varias transacciones en el día.

En virtud de lo dicho, como lo sostuvo la falladora de instancia, se tiene que cuando exista un asunto donde se deba estudiar con la finalidad de establecer si se trata de un cliente con características de lavado de activos, o financiamiento y terrorismo, es obligación de la Oficina de Cumplimiento efectuar un análisis de toda la información y nivel de riesgo, ya que de lo dicho se puede colegir que el área de cumplimiento se extrae un filtro fundamental a efectos de impedir la consignación fraudulenta, que como se dijo, puede provenir de lavado de activos o financiamiento de terrorismo, según fuere el caso.

Se recaudó el interrogatorio de parte del demandante, quien expuso que es economista y administrador de empresas, sumado a que el último cargo que tuvo al servicio de la demandada fue el de Analista de Cumplimiento, cuyo objeto era manejar toda la parte operativa de la Oficina de Cumplimiento, consistente en mitigar riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, por lo que tenía a cargo la administración de alertas, verificación de eventos inusuales de tipo transaccional y de orden de monitoreo.

Que mitigaba riesgos con personas que estuvieran vinculadas y cruzaran con listas de control. Precisó que el despido endilgado por la demandada fue por una operación de fraude al cometer una suplantación a un proveedor llamado Oracle de Colombia Ltda.



Que si bien se generaban alertas de orden transaccional y de orden de monitoreo, las de orden transaccional eran de responsabilidad de la parte comercial, y las de orden de monitoreo eran de responsabilidad de cumplimiento, es decir de su cargo, orden última que fue mitigada en razón a que se tenía toda la información real, resaltando que Oracle de Colombia Ltda. como cliente lo vinculó la parte comercial, y cuando se vinculó como proveedor la documentación era real.

Adicionó que la herramienta que se manejaba dentro de la Oficina de Cumplimiento, era la herramienta de estadística SPS que generaba alertas, y su función al generarse las alertas era tomar el archivo que salía en un formato estadístico que no era de fácil lectura, pasarlo a un Excel y dejarlo listo para que el Oficial de Cumplimiento lo remitiera a cada una de las oficinas, donde a su vez esas alertas tenían que ser resueltas por el Gerente o propietario del cliente. De otra parte, por monitoreo existían otras alertas que eran revisadas por él, por lo que al revisarlas en condición de proveedor no encontró ninguna inconsistencia, ya que tenían la información y unos movimientos que eran acordes a su estructura financiera; sin embargo, la alerta de orden transaccional fue recurrente hasta que generó inquietud, de ahí que se solicitó la carpeta del cliente, y fue en ese momento en que se identificó que se presentaba una suplantación, evidenciándose por las demás áreas un evento de fraude, pero sin ser responsabilidad de la Oficina de Cumplimiento, ya que esta solo administra riesgos de lavado de activos y financiación de terrorismo, mientras que el fraude era responsabilidad de gestión de riesgo operativo y del representante legal.

Que las alertas se generaban dentro de los diez días siguientes a la finalización del mes, se daban de manera automática expidiendo unos códigos que se transcribían a un Excel, y a su vez dichos códigos eran los tipos de alertamiento, que eran remitidos a las diferentes oficinas, por lo que él empezaba a hacer el monitoreo para conocer qué oficinas habían resuelto las alertas, pero sin cerrar dichas alertas ya que no eran de su responsabilidad.



En el interrogatorio de parte rendido por el señor *William Manuel Ramírez Isaza*, Representante Legal de la demandada desde el mes de marzo 2019, manifestó que es abogado, y adujo que la operación de terrorismo y lavado de activos es un sistema que existe a fin de verificar operaciones sospechosas o movimientos que pudieran estar justificándose en una situación que encaja en el sistema de administración de riesgos. Que tiene conocimiento que la empresa Oracle de Colombia Ltda. es de tecnología y era un proveedor del Banco.

Que el 13 de enero de 2017 existió una vinculación de un presunto representante legal de Oracle de Colombia Ltda. como cliente, que se dio en la oficina del Siete de Agosto de la Ciudad de Bogotá, explicando que el proceso de vinculación de clientes se inicia con una gestión comercial desarrollada directamente por cada una de las oficinas del Banco y apoyada por la parte operativa, por lo que a partir de la vinculación e información suministrada en las bases de datos comienzan unos sistemas de alertamiento para hacer la verificación por los entes de control que se tienen establecidos, entre ellos la Oficina de Cumplimiento.

Que el sistema de alertamiento y de monitoreo consistía en que existen alertas que se activan por operaciones inusuales o sospechosas que registra el sistema a través de una herramienta llamada SPSS, y cada vez que se verifica una operación inusual, les llega al área competente, que en este caso es la Oficina de Cumplimiento para que efectúen el trámite que corresponda, análisis que se encuentra en responsabilidad de la Oficina de Cumplimiento, por lo que esa oficina tenía que rendir un informe respecto de los movimientos inusuales que se dieron en esa cuenta.

Sintetizó que, de acuerdo a la investigación adelantada en el proceso disciplinario, se determinó que los alertamientos fueron recibidos por la Oficina de Cumplimiento y tramitados en este caso por el demandante, quien determinó la existencia de unos movimientos inusuales frente a Oracle de Colombia Ltda. que debió haber notificado a la Oficina del Siete de Agosto, y que dentro de los documentos exigidos en el manual de



clientes faltaban las planillas financieras (estados financieros de la empresa), requisito necesario para abrir la cuenta; sin embargo, las alertas fueron cerradas.

Por último, adujo que las funciones del demandante se basaban en tres aspectos importantes, que eran (i) análisis de los alertamientos de movimientos inusuales y operaciones sospechosas, (ii) análisis de listas de control de clientes, proveedores, clientes especiales y trabajadores del banco, especificando que los clientes son los que aparecen en las bases de datos, donde son perfilados de acuerdo a las planillas financieras.

Se recaudó el testimonio de la señora *Erika Johana Fontecha Salazar*, quien indicó que conoce al demandante porque fueron amigos y compañeros de trabajo en la empresa demandada, donde laboró desde el mes septiembre de 2015 hasta julio de 2016 en el área de cumplimiento en el cargo de aprendiz, misma área donde laboraba el actor, y desde el año 2016 hasta 2017 estuvo en el área comercial. Expuso que tiene conocimiento que se generó una alerta por unas transacciones que se realizaron por parte de la empresa Oracle de Colombia Ltda., cuando el actor no tenía a cargo el cierre de las alertas, ya que el mismo se encontraba en responsabilidad de la Coordinadora de Cumplimiento de nombre *Jenny*.

Que las funciones del demandante en cuestión de las alertas consistían en que el aplicativo SPSS las generaba, y el demandante las ubicaba a un archivo Excel para luego remitirlo a las oficinas para que así la parte comercial pudiera dar una respuesta respecto a la alerta que se había generado, llegando directamente al correo de cumplimiento, él daba un concepto con relación a la respuesta de la parte comercial y se le entregaba a *Jenny*, que era la persona que en ese momento era la Coordinadora para que con su aval se determinara si se requería información adicional, si se cerraba el caso o se generaba un reporte de operación sospechosa.



Dijo tener conocimiento de que el demandante envió la alerta a la oficina correspondiente, pero no sabe si emitió el concepto, así como que al demandante únicamente le correspondía dar alerta de los proveedores y no para clientes, labor que se encontraba especificada en el manual de funciones, y todo lo relacionado con los clientes tenía que hacerse directamente a las oficinas y a la parte comercial, al igual que manifestó que en la Oficina del Siete de Agosto se encuentra toda la parte comercial.

La testigo *Ana Rosa Villamizar Rangel*, es administradora financiera y manifestó conocer al actor porque ambos trabajaron en la Oficina de Cumplimiento desde el año 2013 hasta el 2017, precisando que actualmente se encuentra vinculada al servicio de la pasiva en la misma Oficina de Cumplimiento en el cargo de Oficial de Cumplimiento.

Que el 21 de abril de 2017, llegó a la oficina una persona de operaciones de nombre *Nohora Rocío*, solicitando la autorización porque había un cliente que iba a retirar en efectivo un monto considerable de \$800.000.000, por ello fue que conoció el caso del demandante, y se pudo evidenciar que se habían generado transacciones, sin que en el sistema de monitoreo y seguimiento se hubiesen clasificado estas transacciones como inusuales o sospechosas como lo exige la norma.

Asimismo, dijo que el demandante tenía la función de generar las alertas que emanaba de los monitoreos y las transacciones, ya que estos dos factores hacían parte de la Oficina de Cumplimiento. Que el monitoreo y las alertas se analizaban respecto de un proveedor, cliente o empleado, es decir, que las alertas se debían analizar en general.

Dijo además que el demandante en la diligencia de descargos rindió su declaración de manera libre y voluntaria.

La testigo *Nohora Rocío Uribe Romero*, dijo que trabaja para la demandada desde el 9 de septiembre de 2012 ocupando el cargo de Jefe Zonal Operativa desde octubre de 2013, y que conoce al demandante porque laboró en la entidad; que Oracle de Colombia Ltda. es una persona jurídica que se vinculó con la demandada y realizó unas transacciones



de mal uso que conllevaron a determinar que esa empresa no fue constituida debidamente.

Que el área de cumplimiento era la encargada de generar unas alertas por operaciones sospechosas debido al número de transacciones o a la cantidad del valor de la transacción, por lo que se acude al área de operaciones cuando la operación es inusual o sospechosa, con el fin de que validen la documentación o los soportes, con el fin de determinar si de acuerdo a su análisis dan el aval para que se continúen realizando las transacciones de la empresa sea natural o jurídica.

Que en el área donde trabajaba el demandante se manejaba el seguimiento a unas alertas que debieron haberse informado, pero cuando se enteraron de las inconsistencias el 7 de abril enviaron un correo para que les validaran lo sucedido, sin recibir respuesta alguna, por lo que se acercó al área y el demandante le comunicó que no existía ningún inconveniente porque Oracle era proveedor. Explicó que en la plantilla financiera son donde se registra la información del balance de estado pérdidas ganancias, la información del cliente como tal y de la empresa.

El testigo *Orlando Cuevas Gualtero*, administrador financiero, quien es empleado de la demandada hace trece años y medio y en la actualidad es el Gerente de Operaciones y en el año 2016 era el Auditor General, expuso que conoció al demandante como funcionario del área de cumplimiento del banco. Dijo que tiene conocimiento respecto a tres aspectos de omisión que efectuó el aquí demandante que fueron (i) cerrar las alertas del aplicativo sin el análisis suficiente que se necesitaba para haber determinado que existía una anomalía con relación a las mismas alertas, (ii) no haber enviado los casos de alerta que se evidenciaban a la oficina para que ésta realizara una investigación exhaustiva, y (iii) las plantillas financieras que se requerían para que el sistema generara alertas.



Que dentro de las obligaciones del demandante se encontraban las de cerrar las alertas luego del debido juicio, y que generada la alerta debía ponerla en conocimiento de la oficina para que se generara todo el proceso, y si no se encontraban las planillas debía requerirlas porque existía esa omisión; que se realizó un auditoria que fue previa a la diligencia de descargos realizada al demandante, por existir un fraude cuantioso con la cuenta de Oracle, que ascendió alrededor de \$1.450.000.000 en retiros y se evidenció una documentación fraudulenta para la apertura de la cuenta, la cual permitió consignaciones superiores a los \$2.000.000.000.

Destacó que los analistas de cumplimiento deben hacer análisis respecto de las alertas transaccionales y monitoreo, para así comunicarle al banco las situaciones que giren en torno al lavado de activos.

De la totalidad de las pruebas analizadas en conjunto, puede concluir esta Corporación que la terminación del contrato de trabajo suscitada por la demandada para con el demandante, se encuentra ajustada a derecho, en tanto, las funciones que tenía el actor en su responsabilidad como Analista de Cumplimiento, cargo que como se ha enfatizado, tenía como obligación el monitoreo y reporte de las alertas generadas como consecuencia del aplicativo dispuesto por la demandada cuando se presentaran dichos reportes inusuales; a pesar de ello, se aprecia que el actor no dio cumplimiento a las directrices en los manuales y funciones derivadas de su cargo.

Nótese que si bien sostuvo el actor en el interrogatorio de parte que se le practicó, en concordancia con la diligencia de descargos, más exactamente a la respuesta de la pregunta No. 8, que dentro de sus funciones no se encontraba la de reportar las alarmas, toda vez su manejaba era de proveedores y no de clientes como sucedió con Oracle de Colombia Ltda., ese argumento se cae de peso con las pruebas arrimadas, como lo fue lo manifestado por el Representante Legal de la encartada y los testimonios de los señores *Ana Rosa Villamizar Rangel*, *Nohora Rocío Uribe Romero* y *Orlando Cuevas Gualtero*, quienes fueron contestes en señalar que dentro de sus funciones se



encontraban las de advertir las alertas no solo de proveedores sino de clientes e incluso trabajadores de la empresa, mismas funciones que como se analizó de las demás pruebas ya explícitas, en especial el Manual de Funciones de la compañía y el Anexo IV – Seguimiento y Monitoreo, eran efectivamente responsabilidad del demandante, máxime si se tiene en cuenta, que el Manual de Funciones en lo que concierne al tema de las alertas, no hace alguna distinción o exclusión, de ahí que se haya logrado probar por la pasiva que además de los proveedores, también debía alertar sobre los clientes como era el caso de Oracle de Colombia Ltda.

Aunado, que en el hipotético caso de que el actor tan solo debiera alertar sobre proveedores, tampoco se refleja un actuar diligente en sus funciones, toda vez que al haber sido Oracle de Colombia S.A un proveedor, no se aprecia justificación alguna de que no hubiese generado alertamientos si esta empresa como proveedor hacía transacciones inusuales a pesar de no ser cliente, aspectos que se itera, se caen de peso con las funciones tipificadas al demandante como Analista de Cumplimiento.

El actor también aduce que en su responsabilidad únicamente era de su cargo las alarmas de monitoreo y no las transaccionales, situación respecto de la cual la Sala tampoco le asigna credibilidad, como quiera que de la declaración de la señora *Ana Rosa Villamizar Rangel*, quien era la Oficial de Cumplimiento para el momento de lo sucedido, y puntualizó que el control debía hacerse en monitoreo y en la zona de transacción, y que a su vez se acompasa con la auditoría que realizara la demandada y que fue el motivo decisional de culminar el contrato de trabajo del accionante.

De ahí que se pueda colegir, que en efecto las causales endilgadas en el C.S.T. para que el finiquito fuera justo se encuentran acordes con la realidad procesal, ya que las conductas endilgadas se encuentran como obligación de sus funciones, a parte que, el demandante tenía conocimiento de los riesgos ocasionados como así lo consignó el 2 de julio de 2008, según se desprende del documento obrante a folio 252.



En atención de los argumentos expuestos, la sentencia de primer grado se habrá de confirmar. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de septiembre de 2019 por el Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

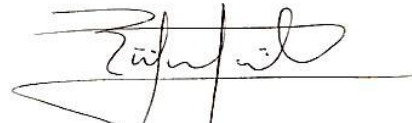
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105028201800331 01
Demandante: PABLO EMILIO OSPINA ACOSTA
Demandado: QUAD GRAPHICS COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 13 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Pablo Emilio Ospina* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Quad Graphics Colombia S.A.S* a efectos que se declare nulo el contrato de transacción suscrito entre las partes por vicios del consentimiento, y en consecuencia se declare ineficaz el despido realizado por la sociedad demandada, y por ende a reintegrarlo a un nuevo cargo sin solución de continuidad, y que se adeudan las acreencias laborales causadas desde la fecha del despido hasta el reintegro efectivo.

En consecuencia, solicita se condene a la pasiva a pagarle todas las acreencias laborales derivadas de la relación laboral, dejadas de cancelar desde el momento en que se dio por terminado el contrato; al pago de un día de salario por cada día de retardo a título de sanción por no consignación de las cesantías acorde lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por la falta de pago de los intereses de cesantías previstos en el Decreto 116 de 1976; el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión dejados de cancelar desde el día en que la sociedad dio por terminada la relación laboral; al pago de



todas las sumas y condenas debidamente indexadas, más las costas procesales y lo que resulta probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que laboró en la empresa demandada del 18 de marzo de 1999 al 14 de octubre de 2016, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Auxiliar de Impresión de Rotativa.

Aduce que desde el año 2010 ha sufrido varios quebrantos de salud entre ellos: lumbalgia mecánica crónica, discopatía lumbar degenerativa inferior, pop tardío de laminectomía de L4 y L5, escoliosis izquierda lumbar, retrolistesis G I/V y una hernia lumbar (L4) que le fue operada en el año 2011, lo que devino en varias restricciones laborales, las cuales no fueron acatadas por la empleadora.

Que el 14 de octubre del 2016, la Jefe de Nómina lo llamó para que se presentara en su oficina, entregándole una supuesta liquidación, requiriéndole que suscriba el documento para obtener su pago; no obstante, tras varios días de no obtener el pago, decidió buscar asesoría del señor *Pablo Emilio Ospina*, quien le indicó que realmente había firmado un contrato de transacción.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Quad Graphics Colombia S.A.S* en su escrito de contestación adujo oponerse a las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto la transacción firmada por el demandante fue suscrita de forma libre y voluntaria, sin menoscabar los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Formuló como medios exceptivos los que denominó validez del contrato de transacción, terminación legal por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, improcedencia de fueron por estabilidad laboral reforzada, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, pago y cobro de lo no debido, buena fe de la compañía, enriquecimiento injusto, compensación, mala fe y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 13 de septiembre del 2019, declaró probadas las excepciones denominadas validez del contrato de transacción, terminación legal por mutuo acuerdo del contrato de trabajo e improcedencia del fuero por estabilidad laboral reforzada.

Como sustento de su decisión manifestó que en asuntos del trabajo y por autorización de la ley, es permitida la transacción como un modo de extinguir las obligaciones, cualquiera que sea su origen, bajo los lineamientos del artículo 15 del C.S.T, siempre y cuando no se vulneren derechos ciertos e indiscutibles, máxime que el artículo 1625 del Código Civil señala que la transacción corresponde a uno de los modos de extinguir las obligaciones, y el artículo 2469 del mismo cuerpo normativo, indica que es un contrato en el cual las partes terminan un eventual litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Es así como del material probatorio recaudado se encuentra acreditada la presencia de una causal objetiva y legal de terminación del contrato de trabajo, esto es, por mutuo acuerdo elevado a un acuerdo de transacción, documento que no adolece del vicio alguno que conlleve a declarar la nulidad de su validez, por cuanto no se demostró dentro del plenario que el demandante haya sido coaccionado por la señora *Janeth Sanabria* para la suscripción del mismo, contrario a ello, se encontró que al accionante se le fueron explicados los términos de la terminación del contrato, documento en el que si bien se lee “*me reservo el derecho de reclamar*” (Fls 23 y 24), esto no se evidencia en el escrito allegado por la demandada (Fls 97 y 98), por lo que se puede presumir que cualquier inconformidad que hubiese presentado el actor, no surgió al momento de suscribir la transacción.

De otro lado, que el hecho que el representante legal de la demandada no haya suscrito el documento no haya estado presente al momento en que se llevó a efecto, no genera un vicio del consentimiento, habida cuenta que la persona que firmó los acuerdos en nombre de la empresa estaba plenamente facultada para tal efecto.

Frente a la pretensión relacionada con el reintegro, que el mismo procede cuando



se hace caso omiso de la prohibición del despido, pues esta es una medida legal cuya aplicación se da por el padecimiento de una patología que disminuya al trabajador en su actitud corporal para la realización de la labor, según los criterios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual no resulta aplicable al *sub-examine*, en tanto no operó el alegado despido, sino el mutuo disenso de las partes como forma de terminación del contrato, lo que deviene en la absolución de la demandada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no está de acuerdo en la valoración de las pruebas, toda vez que los testigos que se citaron y se escucharon en el presente proceso, en la actualidad son trabajadoras de la compañía, y no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte del actor, quien aseveró que cuando lo citaron a la oficina de la señora *Janeth Sanabria* le indicaron que tenía que suscribir el documento a fin de acceder al pago.

Por otra parte, que en el presunto acuerdo de terminación del contrato, el demandante consigno que se reservaba el derecho a reclamar, máxime que nunca se le puso en conocimiento que se trataba de un acuerdo transaccional, al referirle que se trataba de una liquidación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el acta transaccional suscrita por las partes presenta vicios en el consentimiento y como consecuencia



de ello, le asiste el derecho al reintegro en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre las partes existió un vínculo laboral que se extendió del 18 de marzo de 1999 al 14 de octubre de 2016, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, con ocasión al cual al actor desarrolló como último cargo el de Auxiliar de Impresión, por cuanto así lo aceptó la pasiva en su escrito de contestación (Fl 67).

d. De la terminación del contrato por mutuo acuerdo:

Se constata en el *sub-lite* que la relación laboral existente entre las partes feneció por mutuo acuerdo y mediante acta transaccional suscrita por las partes el 14 de octubre del 2016, en el cual se dispuso:

“(...)16. Que el día 14 de octubre del 2016 las partes decidieron dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato de trabajo suscrito el día 18 de marzo de 1999 (...); 17. Que como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, el ex trabajador y la compañía han decidido resolver voluntariamente todas las diferencias surgidas y que hubieran podido existir entre las partes relacionadas con el contrato de trabajo suscrito y la ejecución y terminación de este, por cualquier otra causa directa o indirectamente relacionada con estas, razón por la cual conviene suscribir el presente contrato de transacción.

“18. Que sin que ello implique aceptación de responsabilidad alguna por parte de la compañía, las partes, ambas capaces en los términos del artículo 2470 del Código Civil, desean precaver cualquier diferencia o litigio presente o futuro (...).”

Ahora bien, alega el promotor en el presente juicio que la suscripción del mentado documento presenta vicios en el consentimiento, en tanto aduce que fue obligado a su suscripción.

Ante tal afirmación, debe recordar la Sala que en materia laboral la transacción goza de plena validez, acorde lo reglado en el artículo 15 del C.S.T, siempre que esta no se surta frente a derechos ciertos e indiscutibles.



Asimismo, en lo tocante a los vicios del consentimiento encontramos que el artículo 1508 del Código Civil prevé como tales el error, la fuerza y el dolo. Ahora, en lo que respecta a la fuerza, el artículo 1513 del mismo estatuto refiere:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

“El temor de reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

De cara a lo indicado procedió la Sala a realizar un análisis del material probatorio arrimado al proceso, con el fin de socavar en la ocurrencia o no del vicio del consentimiento alegado por el promotor a lo largo del presente juicio, logrando establecer que en su interrogatorio de parte el representante legal de la pasiva admitió que para la suscripción de las actas transaccionales se encontraba debidamente facultada la Gerente de Recursos Humanos y para dichos efectos la empresa utiliza unos formatos, pero que todos los contratos que terminan por mutuo acuerdo son de conocimiento de la administración de la compañía.

A su turno, el actor admitió que en virtud de la transacción recibió la suma de \$22.000.000, montó que jamás reintegró; asimismo, en lo atinente a los hechos acaecidos el día 14 de octubre del 2016 al suscribir el acta, narró que la:

“Jefe de nómina y era la que nos liquidaba la nómina y me llamó y me tenía el contrato y me dijo que debería firmar eso, que era mi liquidación y que lo debería firmar y me insinuó que si yo no firmaba ese contrato que no iba a ver un peso para mí y en esto estaba incluido mi quincena, mis horas extras, y lo que pudiera venir de liquidación, entonces por medio de presión [...] prácticamente me obligó a firmar”.

Afirmación que por sí misma no puede tenerse como prueba del vicio del consentimiento alegado por la parte demandante, en primera medida porque el interrogatorio de parte tiene como fin obtener la confesión de la contraparte y por lo tanto, se tiene para dicho efecto únicamente en cuenta las declaraciones realizadas por la parte que den cuenta de hechos que generen consecuencias jurídicas adversas al declarante. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL-16572 del 19 de octubre del 2016, refirió:



“Y en lo que respecta al interrogatorio de parte que rindió el promotor del proceso (fls. 73 a 75), cualquier aseveración que lo favorezca se tiene como una simple manifestación de parte que requiere ser confirmada con otro medio de convicción, toda vez que para que exista confesión se requiere que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan, pero a la parte contraria (art. 195 del C.P.C. hoy 191 del C.G.P.)”.

Luego, al abalizar las demás probanzas allegadas al juicio no encuentra la Sala respaldo probatorio alguno en lo tocante a dicha afirmación, pues de hecho la testigo *Dora Janeth Sanabria Ochoa*, quien refiere ser la Jefe de Nomina y fue la persona que estuvo presente en el momento de suscribir la transacción, refirió de forma clara:

“[...] en el caso particular del señor Pablo Ospina, durante el día 16 de octubre, si no estoy mal, estando él trabajando se le llamó, se le contextualizó porque era una situación conocida por todos, de hecho no fue el único que participó de este proceso, se le contextualizó, se los dio a conocer el texto del contrato de acuerdo de finalización de trabajo por mutuo acuerdo, se le explicó cómo era, sumado a este acuerdo de mutuo por finalización de contrato de trabajo se hizo un contrato de transacción, el cual fue leído y a mi manera de ver entendido por el señor Ospina, fue plenamente explicada la liquidación en sus términos monetarios y en lo que allí se estaba pactando”.

Aunado a ello, explicó que la terminación del contrato se dio por una recesión que sufrió la empresa en el año 2016 en virtud del cual se debió efectuar una reorganización por la cual salieron varias personas. Igualmente, precisa que la suma transaccional ofrecida era superior al valor de la indemnización por despido injusto que le hubiera correspondido al demandante y que el actor si tuvo la oportunidad de negociar, pero él no manifestó nada.

De otra parte, la testigo *Ana Concepción Gómez Contreras* quien es la Gerente de Recursos Humanos, admite que era la encargada de suscribir las actas transaccionales y que si bien no estuvo presente en el momento en que le brindaron la explicación al demandante, el procedimiento que siempre se adelanta en este tipo de casos es llamar a la persona, explicarle la situación, se le suministra el documento para que lo lea y se le resuelven las inquietudes que tiene, además que no se le mencionó que el actor realizara manifestación alguna, pese a que en algunos casos el trabajador solicita hablar con ella, lo que no sucedió en el caso del actor.



Testimonios que gozan de plena validez, pese a lo indicado por el recurrente en el recurso de alzada, no solo por cuanto el profesional del derecho en la oportunidad legal correspondiente no formuló tacha alguna respecto de su dicho, sino adicionalmente por el hecho que las testigos sean trabajadoras de la empresa, *per se* no se demeritan sus declaraciones, máxime cuando estas resultaron contestes, claras y congruentes; aunado a ello que el propio actor solicitó el testimonio de la señora *Dora Janeth Sanabria*.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, tiene la Sala por demostrado que la suscripción del acta transaccional fue desarrollada de forma libre y voluntaria, sin que exista evidencia en el plenario de que mediara constreñimiento alguno frente al demandante, por cuanto no solo, no existe probanza alguna que soporte el dicho del demandante en cuanto a que fue forzado a sus suscripción, sino que adicionalmente los testimonios vertidos, dan clara cuenta que se le explicó al demandante la decisión que estaba tomando y se le brindó la oportunidad de leer el documento, a efectos que realizará los reparos que estimara pertinentes.

De otra parte, debe indicar la Sala en lo tocante a la expresión anotada por el demandante en el documento denominado Acuerdo de Terminación, al referir “*me reservo el derecho a reclamar*” (Fl 21), que la misma por si misma no tiene la potestad de acreditar el vicio en la suscripción del acuerdo (Fls 25-28), por cuanto dicha aseveración no deslegitima la decisión libre y voluntaria, ni permite entrever el vicio en el consentimiento alegado por el promotor.

Bajo tales presupuestos, diáfano resulta colegir que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, en tanto no probó los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya consecuencia jurídica perseguida.

Por lo enunciado, al haber finalizado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes, se cae de su peso que no se encuentra llamada a prosperar la solicitud de reintegro por despido en estado de discapacidad, pues conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el fuero de estabilidad laboral reforzada de que trata el mismo, lo que impide es que se despida o termine el contrato de un trabajador con fundamento en su discapacidad, sin que medie autorización del Ministerio de Trabajo, supuestos de orden fáctico que no se



pueden dar en autos, por cuanto, se reitera, la relación finalizó por mutuo acuerdo.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

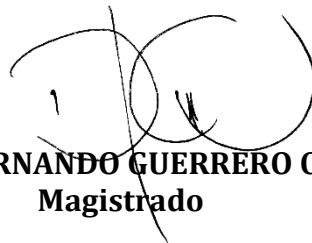
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 21 201800334 1
Demandante: JUAN ROBERTO MEJÍA MANSILLA
Demandado: COLPENSIONES, PROVENIR S.A. Y UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a los poderes allegados por Porvenir S.A y Colpensiones, se les reconoce personería adjetiva para actuar a los profesionales del derecho FREDY QUINTERO LOPEZ identificado C.C No 79.581.11 y T.P No 278.643 en calidad de apoderado de Porvenir S.A y a CINDY JULIETH VILLA NAVARRO identificada con C.C No 1.129.580.577 y T.P No 219.992 en calidad de apoderado de Colpensiones.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, respecto de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Juan Roberto Mejía Mansilla*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad del traslado de régimen a través de la A.F.P *Porvenir S.A* por el incumplimiento de los deberes legales de información; en consecuencia se condene a la *AFP Porvenir S.A* a registrar que la afiliación al Régimen de



Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad y a trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, incluyendo los rendimientos e intereses; se condene a *Colpensiones* a activar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones narró en síntesis que, nació el 30 de diciembre de 1959, comenzó a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 27 de octubre de 1989 y a *Cajanal* del 1° de abril de 1991 al 30 de abril de 1998; que en el año de 1998 la AFP *Porvenir S.A* lo persuadió para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias del traslado, ni las ventajas y desventajas de cada régimen o el capital que debía reunir para acceder a la pensión.

Afirma que el 16 de enero del 2017 la AFP le informó que, de continuar con la afiliación en dicho fondo, su mesada pensional a los 62 años sería del 29.96% del promedio salarial; por lo que contrató una asesoría pensional acorde a la cual, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la misma edad, obtendría una pensión equivalente al 67.18%.

Concluye indicando que el 30 de abril del 2018 radicó ante *Colpensiones* la correspondiente reclamación administrativa a fin de que fuera activada su afiliación, pero a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que carece de falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el actor se encontraba afiliado a *Cajanal* en el momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



Propuso como medio exceptivo previo el que denominó falta de integración del contradictorio o integración del litis consorcio y como de fondo los de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la genérica.

Porvenir S.A a su turno se opuso a las pretensiones incoadas en su contra manifestando que el traslado de régimen no se hizo en contra de una prohibición legal, al contrario se, cumplió con todos los lineamientos legales requeridos para la perfección de dicho acto jurídico.

De otra parte, formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Con auto del 18 de diciembre del 2018 el *a-quo* dispone la vinculación de la *UGPP*, entidad que en su contestación se opone a las pretensiones aduciendo que el traslado del actor fue libre, consiente y voluntario, además el actor no es beneficiario del régimen de transición.

Propuso como excepción previa las de falta de legitimación en la causa por pasiva e inepta demanda por falta de reclamación administrativa y como medios exceptivos de mérito los que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de mayo de 1998 con efectividad a partir del 1° de julio de 1998; condenó a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración; condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, declaró no probadas las excepciones propuestas, declaró probada la excepción de fondo



denominada falta de legitimación en la cuas por pasiva propuesta por la *UGPP* y en consecuencia no impuso condena a la misma y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión afirmó que, de las probanzas allegadas no se aportó el formulario de afiliación inicial, sino que es a partir del reporte del SIAFP que se constata que el traslado fue realizado en 1998.

Recuerda que conforme a la Ley 100 de 1993, *Colpensiones* es la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las Cajas únicamente cumplirían dicha labor mientras subsistieran, y en relación con las personas que fueran sus afiliados para dicha data, sin que fuera posible que recibieran nuevos afiliados no pudiendo recibir nuevos cotizantes. En tal sentido de encontrarse probada la nulidad es *Colpensiones* la entidad a la cual se debe realizar el traslado.

Recuerda que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de manera reiterada se ha pronunciado frente al deber de información que le incumbe a la Administradora de Pensiones, lo que en suma implica que debe haber un consentimiento informado y que la decisión sea libre y consiente, debiéndose acreditar que el afiliado conoce todas las ventajas y desventajas del traslado.

Frente a la carga de la prueba recuerda que acorde lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y de cara a la jurisprudencia proferida a la fecha, incumbe a la AFP, entidad que en este caso no cumplió con la misma.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones propone recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia proferida toda vez que no se probó la existencia de vicios en el consentimiento y por el contrario el traslado se realizó de forma libre y voluntaria; por otra parte, que existe una prohibición legal de traslado de régimen de conformidad con la Ley 797 del 2003 y la sentencia SU-066 del 2010. De igual forma, la parte actora no es beneficiaria del régimen



de transición, como quedó demostrado en el proceso y solicita se tenga en cuenta la sentencia SU-042 de 2002.

Porvenir S.A por su parte refiere que el demandante conocía las características del régimen y aun así decidió realizar el traslado; asimismo que se debe tener en cuenta que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se basa en la solidaridad y conceder al traslado únicamente da lugar a la desfinanciación del mismo, máxime cuando el traslado desembocaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual el demandante no ha cotizado, de igual manera, solicita se tenga en cuenta la condena respecto de los gastos de administración, en tanto estos no se cobran de forma caprichosa sino acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, los cuales componen un porcentaje para el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la



selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información



necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no solo no se aportó el formulario inicial de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, extrayéndose con el reporte del SIAP que el mismo se surtió inicialmente a *Porvenir S.A* el 28 de mayo de 1998 (Fl 229), por ende no se acreditó que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, máxime que los formulario de afiliación que se hayan podido suscribir, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, al señalar que *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas*



en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado».

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que la AFP haya cumplido con el deber de información. En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la nulidad de traslado, lo cual apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar



de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, basta indicar que aun cuando el demandante efectuó cotizaciones y estuvo vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, antes de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cierto es que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al *Instituto de Seguro Social -ISS-*, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada *Colpensiones*, por ende y, en atención de la liquidación de esta última entidad y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto Instituto de Seguros Sociales, resulta procedente ordenar a la AFP efectuar el traslado de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, entidad que por demás es la que en la actualidad se encarga de la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En lo atinente la excepción de prescripción estudiada en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

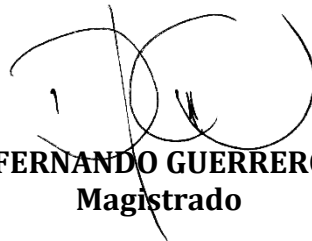


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

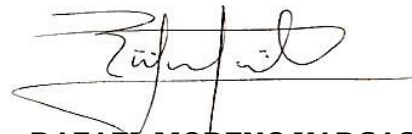
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **26 2018 00342 02**
Demandante: HILDA NELYS ACOSTA ORJUELA
Demandado: HIGH CLASS CORPORATION S.A. EN
REORGANIZACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Hilda Nelys Acosta Orjuela*, instauró demanda ordinaria en contra de *High Class Corporation S.A. En Reorganización*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

Por consiguiente, se la condene al reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa, pago de la liquidación de prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías e indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, adujo que la demandada la vinculó el 9 de enero de 2006 a través de un contrato de prestación de servicios, con la finalidad de desempeñar el cargo de Operaria de Máquina Plana, el cual finalizó el 28 de julio de 2017, cuando la pasiva le manifestó no continuar con el vínculo.

Que sus labores siempre las desarrolló en las instalaciones de la pasiva, prestando personalmente los servicios, sin recibir llamados de atención; agregó que en el contrato pactado se había determinado un pago por unidad o pieza confeccionada, por lo que el último salario percibido fue la suma de \$1.800.000, pagaderos a través de transferencias bancarias.

Precisó que la pasiva la reconocía como trabajadora por medio de unas bitácoras o listados, y a la finalización del vínculo laboral se encontraba incapacitada por diez días; por último, enfatizó que la demandada reconoció la relación laboral al expedir una certificación laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que, si bien existió un contrato entre las partes, siempre fue de prestación de servicios, bajo la modalidad de obras a destajo y sobre pedidos.

Formuló las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, no generación de las obligaciones demandadas, pago de obligaciones contractuales y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2006 y 28 de julio de 2017, por lo que



condenó a la demandada al pago de auxilio de cesantías por valor de \$8.886.834, intereses a las cesantías \$213.796, prima de servicios \$2.273.087, compensación de vacaciones \$1.139.363 y sanción por despido sin justa causa en la suma de \$5.931.245.

Para arribar a dicha conclusión adujo en primer lugar que, de las pruebas recolectadas, se pudo establecer que la demandante prestó sus servicios a favor de la demandada, con el fin de desarrollar las labores de operaria de máquina plana.

Dijo que la pasiva no logró desvirtuar el elemento subordinante, en tanto si bien se adujo que a la señora *Acosta Orjuela* solamente se le pagaba por la labor que ejecutara, esta circunstancia no lo desvirtúa al tenor de lo regulado en el artículo 132 del C.S.T., ya que las partes pueden establecer el contrato de trabajo de diferentes formas, máxime si se tiene en cuenta que a pesar de que la pasiva argumentó que la actora no cumplía un horario de trabajo, tal aspecto no se demostró.

Declaró que los salarios para el año 2006 ascendían a la suma de \$408.000, 2007 \$433.700, 2008 \$461.500, 2009 \$496.900, 2010 \$515.000, 2011 \$817.159, 2012 \$1.175.866, 2013 \$1.162.331, 2014 \$944.749, 2015 \$1.061.774, 2016 \$992.682 y para el 2017 \$737.717.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 28 de junio de 2015, como quiera que la demanda fue presentada el 18 de junio de 2018. Adicionalmente, con relación a la compensación de vacaciones, declaró este medio exceptivo desde el 28 de junio de 2014.

Por consiguiente, dispuso las condenas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.



Frente a la condena por la sanción por despido sin justa causa, consideró su procedencia debido a que la parte demandante acreditó el hecho del despido y no avizó una causal que lo motivara.

No condenó a la demandada a la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías, en tanto puntualizó que la demandante nunca cobró sus acreencias laborales, aunado a que las partes siempre consideraron que estaban atadas a un contrato de prestación de servicios, de ahí que el extremo demandado se haya revestido de buena fe, por lo que en su lugar ordenó la indexación de los valores adeudados como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que de las pruebas obrantes al plenario, es evidente que entre las partes nunca existió un contrato de trabajo, sino uno de prestación de servicios, más aún si dentro del expediente reposan contratos de prestación de servicios, los cuales no fueron refutados de falsos, que dan fe la contratación de esta índole y no laboral.

Que si bien obraron pagos, los mismos se realizaron por el pago directo del trabajo realizado por confección, pero que en nada inciden para la conformación del contrato de trabajo, adicional a que el cumplimiento del horario tampoco se probó;

Encontró inconformidad en la constitución de los salarios que determinara la *a-quo*, pues aduce no entender cómo llegó a dicha conclusión.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, como problema jurídico principal, habrá de determinarse si entre las partes se constituyó un verdadero contrato de trabajo.

De prosperar el anterior planteamiento, se analizará si los salarios tenidos en cuenta por la falladora de instancia se ajustan con la realidad, para así determinar si las condenas impuestas fueron tasadas respecto los valores realmente devengados.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que, si bien hay que determinar en esta instancia la existencia de un contrato de trabajo, los extremos temporales sobre los que basó la falladora de instancia su decisión no fueron refutados; tanto así, que la demandada los aceptó en la contestación de la demanda pero a través de la contratación por servicios, por lo que los mismos se mantendrán incólumes.

Ahora bien, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.



Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Dentro del trámite procesal, se recaudó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la empresa demandada señor *Fabio Chinchilla Portilla*, quien indicó que conoce a la demandante desde hace tiempo, empezando a prestar sus servicios para la compañía desde el mes de febrero de 2006.

Que los servicios de la actora consistían en acercarse a la empresa a fin de realizar trabajos, pero sin cumplimiento de horario ni subordinación, y con base en lo que produjera se liquidaba la tarifa, siendo la accionada quien facilitaba los lugares donde la actora desempeñaba la actividad. Puntualizó que la empresa permitía el ingreso desde las 6:00 a.m. hasta las 7:00 p.m., jornada en la cual las personas que desarrollaban esas actividades podían asistir.

La demandante expuso que tiene experiencia en el campo de costura de muebles y colchones, ingresando a laborar para la demandada por recomendación de la señora *Clara Morales*. Que posteriormente dejó de trabajar para la pasiva en el mes de julio de 2017, y al personal que existía en ese entonces, fue vinculado directamente, es decir, que de contratos de prestación de servicios pasaron a tener contratos de trabajo.



La testigo *Rosalba Rojas Santamaría*, testigo tachado de sospecha por la demandada, adujo ser compañera de trabajo de la demandante en la empresa, ingresando en el mes de marzo de 2002; que la accionante ya se encontraba trabajando en el área de colchones, luego de botones y posteriormente en el área de salas.

Que no tuvo conocimiento de cuál fue el salario devengado por la demandante ni la forma en que se le realizaba el pago, precisando que todas las personas que prestaban servicios tenían el mismo horario desde las 7:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., dando fe de ello porque la actora desarrollaba la misma actividad de ella.

Dijo que ella tenía un contrato de trabajo mientras la demandante uno de prestación de servicios, sobre el cual a esta última en ocasiones laboraba los fines de semana, a su vez que la actividad de la demandante era supervisada por la supervisora de planta y el jefe de personal.

El señor *Leónidas Ávila Ospina*, Jefe del área de Control de Calidad de la demandada, resaltó que trabaja al servicio de la empresa desde aproximadamente doce años, por lo que conoce a la demandante cuando esta desarrolló actividades en la pasiva, las cuales consistía en costuras de sofás, de ahí que se le entregara la tela, y sobre lo que produjera al final del día pasaba un reporte de lo que hacía, sin que en ningún momento cumpliera un horario.

Indicó además que a la demandante no se le pagaban prestaciones sociales debido a que tenía un contrato de prestación de servicios, recalcando que no importaba si la actora asistía o no, ya que se le pagaba sobre lo que produjera. Finalizó afirmando que él tiene un contrato de trabajo con la demandada desde el año 2016, y con anterioridad estaba contratado por prestación de servicios.

Por último, se recaudó el testimonio de la señora *Margarita Pinto Sarmiento*, quien es la contadora de la empresa demandada desde hace cinco años, precisando que ha



escuchado hablar de la demandante, la cual tuvo un contrato de prestación de servicios con el extremo aquí demandado donde era costurera y se le pagaba por labor hecha.

Que como consecuencia de lo anterior, iba a la empresa y le entregaban el producto para que lo cosiera, al finalizar la tarea se le solucionaba la tarifa pre establecidas, actividad que siempre se desarrollaban dentro de la empresa. Por último, expuso que tiene entendido que la demandante era supervisada por una persona de la empresa.

Así las cosas, de las anteriores declaraciones e interrogatorios de parte, sin dubitación alguna, puede colegirse que en efecto la demandante logró demostrar la prestación del servicio para con la demandada de costura, armado y temas relacionados al tapizado de muebles, toda vez que incluso el mismo representante legal de la pasiva señor *Fabio Chinchilla Portilla*, confesó la actividad desarrollada por la señora *Hilda Nelys Acosta Orjuela*, y los testigos fueron concordantes en exponer que la actora siempre tenía que desarrollar el servicio dentro de las instalaciones de la empresa.

Lo anterior, también se sopesa con la certificación aportada por la demandante que fue suscrita por la demandada de calenda 29 de agosto de 2017, en la que se certificó que la señora *Hilda Nelys Acosta Orjuela* prestó servicios como independiente, ejecutados de forma autónoma como Operaria de Máquina Plana (Fl. 40), junto con los contratos de prestación de servicios que aportaran ambas partes, y que a pesar de que algunos de ellos no aparezcan suscritos por ambos, no fueron refutados como falsos, por lo que la Sala les asigna plena credibilidad, contratos fechados el 9 de enero de 2006, 1º de marzo de 2007, 5 de enero de 2009 y 16 de enero de 2011, (Fls. 30, 106 a 108, 109 a 112, 116 a 119).

Demostrado así el elemento de la prestación personal del servicio, que le correspondía vislumbrar a la parte demandante, procede la Sala a pronunciarse sobre el elemento subordinante que le competía desvirtuar a la demandada y atendiendo la presunción que reviste a la actora de conformidad con lo consagrado en el artículo 24 del C.S.T.



De entrada, la Colegiatura advierte que entre las partes, contrario a lo decidido por la *a-quo* no se constituyó un contrato de trabajo.

Nótese que los testimonios solicitados por la parte demandada y que en ningún momento fueron refutados de sospechosos en su declaración por la parte demandante, como lo fueron los del señor *Leónidas Ávila Ospina* y *Margarita Pinto Sarmiento*, quienes eran el Jefe de Área de Control de Calidad y la Contadora de la empresa respectivamente, fueron contestes en señalar que en el tiempo en que la actora prestó sus servicios para la compañía, siempre fue por contratos de prestación de servicios, sin que estuviera atada a cumplimiento de cargo o subordinación alguna.

Que a la demandante se le pagaba por lo que produjera, sin que debiera cumplir un horario, tanto así, que no era obligación que asistiera a las instalaciones, pues a ella se le pagaba sobre lo que fabricara.

Al unísono, de la declaración extraída del señor *Leónidas Ávila Ospina*, se le asigna total credibilidad, pues como lo sostuvo, era el encargado de supervisar que las piezas desarrolladas por la actora estuvieran en buen estado, pero sin que se denote el elemento subordinante que configura el contrato de trabajo.

Lo dicho por los declarante se acompasa con los diferentes contratos de prestación de servicios que se suscribieron por las partes, cuya función desarrollada por la actora siempre se derivó de la costura de piezas para la confección de muebles y por consiguiente, existían unos valores sobre cada pieza que se confeccionaba, pero sin que se denote que existía algún cumplimiento de horario, sino que por el contrario, lo que allí se consignó fue que la actividad se desarrollaría en forma independiente y autogestionaria.

Lo sostenido hasta este momento, guarda congruencia de las demás pruebas documentales aportadas al proceso, en especial las allegadas por el extremo accionante,



referentes a las presuntas confecciones que realizó la actora y respecto de las cuales recibió un pago (Fls. 32 a 39), que ni siquiera tienen firmas de aceptación por la demandada, junto con la certificación laboral del 29 de agosto de 2017 (Fl. 40), de la cual tan solo se extrae que la accionante prestó sus servicios de manera autónoma e independiente, talantes que en nada inciden para la configuración de una verdadera relación laboral, adicional a que de la certificación expedida por la EPS Cruz Blanca el 2 de septiembre de 2019, tan solo se advierte que la actora es cotizante en salud, pero sin estar como dependiente de la pasiva.

Ahora, precisa la Sala que si bien se recepcionó el testimonio de la señora *Rosalba Rojas Santamaría*, quien fue compañera de trabajo de la actora como así lo sostuvo en la declaración, sus dichos no fueron certeros para asignársele plena credibilidad a efectos de determinar en el presente caso una verdadera relación laboral, como quiera que a pesar de haber dicho que la demandante cumplía un horario determinado que era de 7:00 a.m. a 6:00 p.m., esto no se acompasa con el restante caudal probatorio ya analizado, sumado a que la testigo en su declaración no tuvo si quiera una proximidad de los extremos alegados por la demandante, pues dijo que la actora ingresó a prestar sus servicios en el año 2002, fecha para la cual la empresa demandada no estaba constituida según se denota del certificado de existencia y representación legal (Fls. 22 a 28), constitución que se realizó el 9 de julio de 2003.

Así pues, únicamente existe constancia de la figura de un supervisor del contrato, lo que en modo alguna denota la existencia de subordinación, máxime cuando nuestra Corporación de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral ha precisado de forma enfática que las labores propias de coordinación que se generan en el marco de un contrato de prestación de servicios no comportan la configuración del elemento de la subordinación, predominante en las relaciones laborales. Criterio sentado, entre otras en la sentencia SL-4444 del 2019 con Rad. 55413 del 16 de octubre del 2019, en la que se rememora:



*“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación** en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes **e incluso establecer medidas de supervisión** o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.*

“Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación”.

También vale la pena indicar, que en virtud a que la falladora de instancia de manera oficiosa solicitó a la entidad financiera Banco BBVA acreditar los pagos que la pasiva le hubiese realizado en la cuenta de ahorros a la actora, pagos que se aportaron para los años 2011 hasta el 2012 (Fls. 132 a 144), por los argumentos anteriormente esbozados no pueden constituirse como salario, sino como una cancelación a los servicios desarrollados dentro de las actividades derivadas del contrato de prestación de servicios.

Por lo expuesto, puede colegirse que al haberse logrado desvirtuar el elemento subordinante, no se configuró un contrato de trabajo y en tal sentido, la sentencia de primer grado habrá de revocarse. Así se decidirá.



SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

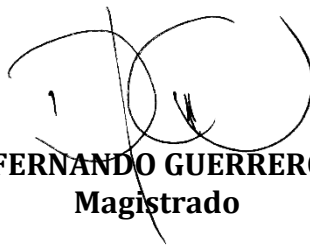
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: RECOVAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, por no constituirse un contrato de trabajo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

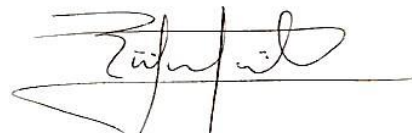
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105010 201800413 01
Demandante: OLGA INÉS MONTAÑEZ CONTRERAS
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la Doctora *María Elena Fierro García* identificado con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la misma entidad, respecto de la sentencia proferida el 10 de septiembre del 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Olga Inés Montañez Contreras* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A*, a efectos que se declare que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, por lo cual le asiste derecho al traslado de régimen pensional a partir del 4 de octubre del 2011.

En consecuencia, peticona que se condene a *Colpensiones* a reconocer y aceptar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 4 de octubre del 2011; se ordene a la AFP



Protección S.A a trasladar a *Colpensiones* los valores depositados a nombre de la accionante, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 22 de noviembre de 1965 y actualmente se encuentra cotizando a *Protección S.A*; que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 797 del 2003, antes de cumplir la fecha límite del traslado, esto es el 4 de octubre del 2011, procedió a diligenciar el formulario de afiliación a fin de obtener el traslado de régimen pensional con el No. 059926, no obstante, tal petición no fue contestada por el entonces *Instituto de Seguros Sociales*; que su empleador *Seguros Beta Ltda.* procedió a realizar el pago de los aportes a pensión al *Instituto de Seguros Sociales* desde noviembre de 2011 a mediados del 2013.

No obstante, ING al ser sustituida por *Protección S.A* remite a *Seguros Beta Ltda.* un reporte de aportes en mora, a lo cual la empresa le informa que los aportes pensionales fueron cancelados al *Instituto de Seguros Sociales*, enviándole copia de las planillas, data desde la cual procede a realizar el pago de los aportes a la AFP mencionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante derecho de petición del 3 de octubre del 2017 radicado ante *Protección S.A* elevó solicitud para hacer efectivo el traslado de régimen a *Colpensiones*, frente a la cual se le informó que se presentaba una multivinculación. Adicionalmente, el 3 de octubre del 2017, radica petición ante *Colpensiones*, quien el indica que actualmente se encuentra afiliada a la AFP, por cuanto la definición de su afiliación se realizó en el proceso masivo de multivinculación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, en la que indica que la demandante no presentó ninguna solicitud expresa de traslado en los términos establecidos en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, *Protección S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que la afiliación se dio de forma libre, espontánea y sin presiones como consta en la voluntad de elección que declaró en el formulario de afiliación, en consecuencia, la afiliación es válida y legal. Aunado a ello en comité de multifiliación se definió que la demandante se encontraba válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de septiembre de 2019 condenó a la demandada *Colpensiones* a realizar el traslado del régimen pensional de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tal como solicitara mediante formulario del 4 de octubre de 2011, asimismo la condenó a recibir los valores que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual administrada por *Protección S.A*, debiendo imputar en la historia laboral las cotizaciones realizadas a través de la AFP; condenó a la AFP *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores a nombre de la accionante en su cuenta de Ahorro Individual, con la inclusión de las cotizaciones y rendimientos, condenando en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión indicó que la accionante tenía a su alcance solicitar el traslado de régimen pensional a más tardar cuando tuviere la edad de 46 años de edad, toda vez que con posterioridad incurriría en el impedimento descrito en el literal e), del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto le faltarían en ese evento más de 10 años para adquirir su derecho a la pensión, que lo adquiere de conformidad a su fecha de nacimiento a los 57 años.

Por tanto, la actora para la data de octubre 4 del año 2011 se encontraba a más de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez y por lo tanto le asistía el



derecho a elevar la solicitud de traslado de régimen pensional, frente a lo cual el entonces *Instituto de Seguros Sociales* no emitió una respuesta definitiva, debiendo dar trámite a la solicitud, lo cual desvirtúa que en efecto se haya tratado de un evento de multivinculación como erróneamente lo adujeron las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia la demandada interpone recurso de apelación en el que en suma indica que se evidencia que a partir de enero de 1995, el empleador *Asociación Provivienda de Trabajo*, empezó a hacer los aportes de la demandante al *Instituto de Seguros Sociales*, lo cual se mantuvo hasta el año 1997 y durante los años 2011, 2012 y hasta abril del año 2013, en un principio *Colpensiones* recibió dichos aportes, no obstante en las observaciones del detalle de pagos se evidencia que hizo la devolución a la *AFP ING*, toda vez que se no se encontraba vinculada con ocasión del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual implica un conflicto de multivinculación entre la *AFP Protección S.A* y el *Instituto de Seguros Sociales*, el cual además se dirimió en favor de la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por cumplirse los presupuestos del Decreto 3800 del 2003.

En ese orden de ideas si bien en el 2011 la demandante pudiese estar dentro del límite temporal establecido en el Artículo 2º de la Ley 797 del 2003 para efectuar el traslado de régimen pensional, dicha situación no podía resolverse por el *Instituto de Seguros Sociales*, toda vez que por comité de multivinculación, la afiliación se dirimió en favor de *Protección S.A*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional, o si por el contrario, el proceso de multivinculación impide que la accionante se haya trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

c. Del Caso en concreto.

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escogerse el régimen de pensiones que prefieran, y que, una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Adicionalmente, señala que después de un (1) año de la vigencia de la normativa, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la prestación de vejez.

En igual sentido, se debe memorar que por medio del Decreto 3800 de 2003, se reglamentó el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 1º determinó que las personas a las que, al 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha lo cual además ha sido analizado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL-16356 del 2016, en la cual indicó:

*“Finalmente, no sobra aclarar en relación con algunas normas mencionadas en los diferentes cargos que: i) el Decreto 3995 de 2008 regula los conflictos de multifiliación existentes al 31 de diciembre de 2007, situación que no se da en el presente caso, teniendo en cuenta que el traslado válido al régimen de ahorro individual se dio el 1 de abril de 2008; ii) **El Decreto 3800 de 2003 regula en su artículo 1º los traslados que durante el año de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003, es decir, entre enero de 2003 y enero de 2004, se dieron sobre personas que le faltaban 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión y, iii) el Decreto 1161 de 1994 regula el retracto, derecho que no fue planteado en la demanda inicial”** (Negrillas fuera de texto)*



Siendo del caso precisar que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del mentado Decreto, lo fue únicamente en lo tocante a los literales a) y b) del artículo 3 del mismo, así en sentencia radicado bajo el número 1095-07 del 6 de abril de 2011, y dispuso en la parte resolutive:

***“DECLÁRASE** la nulidad de las expresiones ‘cumplan con los siguientes requisitos:’, ‘a)’, ‘y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último”, así como del inciso final que dispone que ‘Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional’ contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1º Decreto 3800 de la misma anualidad, permite a las personas a quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez trasladarse por una única vez de régimen dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del artículo 2º de la ley 797 de 2003, como lo precisa de forma taxativa la mentada norma al referir, en su literal e), de la siguiente manera:

“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”.

Ahora, el texto subrayado fuera de texto fue declarado exequible por Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no hayan retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pueden regresar a este en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

De otra parte, vale la pena recordar que la Ley 797 de 2003, entró en vigencia el 29 de enero de 2003, por tanto, es patente que el año de gracia se extendió para



el mismo día y mes de año 2004. Calenda a partir de la cual, ninguna persona se puede trasladar entre regímenes cuando quiera que le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Luego, resulta oportuno recabar en que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contempla que la edad para acceder a la pensión de vejez será de 50 años para las mujeres y 60 para los hombres. Requisito que es modificado a partir del año 2014, en 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, se tiene que en el *sub-lite* la demandante alega que solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dentro del término legal establecido por el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, esto es, previamente a que le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, a través del formulario de afiliación a *Colpensiones* radicado el 4 de octubre del 2011 (Fl 4).

Ahora bien, se corrobora que la demandante inicialmente estuvo vinculada al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, desde el 14 de junio de 1985 (Fl 120), no obstante el 25 de junio de 1995 se trasladó a *Colmena* hoy *Protección S.A* mediante la suscripción del formulario de afiliación (Fl 110) y el 4 de octubre del 2011 suscribió el formulario de afiliación a *Colpensiones*, mismo que refiere jamás fue atendido por la entidad y frente a lo cual su empleador, asumiendo la efectividad del traslado, procedió a realizar los aportes al *Instituto de Seguros Sociales* hasta que fuera requerido por mora por ING en el año 2012, lo cual se puede corroborar con la documental de folios 10 a 13, y pese a que la demandante solicitó se aplicara la efectividad de la afiliación a las demandadas (Fl 23), aquellas negaron la solicitud, aduciendo que su caso había sido desatado en un proceso masivo de multivinculación en el cual se determinó que estaba válidamente afiliada a *Protección S.A* (Fls 28 a 30).

Siendo ello así, lo primero que vislumbra la colegiatura es que para la data en que la demandante solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,, mediante la suscripción del formulario de afiliación del 4 de octubre del 2011 (Fl 110), la promotora contaba con 45 años de edad, en tanto la fecha de su natalicio lo fue el



22 de noviembre de 1965 (Fl 32), lo que en suma implica que le faltaban más de 10 años para cumplir los 57 años de edad exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por manera que la solicitud de traslado fue efectivamente realizada dentro del límite temporal previsto en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, por medio de la cual se modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que respecta al argumento con fundamento en el cual las pasivas se niegan a efectuar el traslado, esto es que el mismo fue definido mediante el comité de multivinculación, basta indicar que de la revisión del plenario se constata que lo que se debatió fue un conflicto existente entre ING hoy *Protección S.A* y *Porvenir S.A* como da clara cuenta de un reporte del SIAFP, el cual finalizó por conciliación entre las AFP, mencionadas. Luego, lógico resulta advertir que en la mentada oportunidad no se analizó la procedencia o no del retorno de régimen de la demandante a *Colpensiones*, como lo pretenden hacer ver la parte recurrente en la alzada, máxime cuando su afirmación carece de sustento probatorio. A más que si existe lógica en que se hubiere definido el proceso de multivinculación entre ambas AFP, pues en el resumen de la historia laboral de la promotora obrante a folios 19 a 22, es dable constatar que durante el año 1994 los aportes a seguridad social de la demandante fueron realizados a *Porvenir S.A* y no fue sino hasta después del año 1999 que se comenzaron a realizar a *Protección S.A*, circunstancia que soporta la razón por la cual en el comité de multivinculación se resolvió por conciliación entre estas que la demandante estaba válidamente afiliada a ING hoy *Protección S.A*.

Aunado a lo anterior, también se constata que el mismo fue definido en el año 2000, esto es, 11 años antes de que la promotora solicitara su afiliación a *Colpensiones*, luego efectivamente no podría estarse tratando en el pluricitado comité de multivinculación de la validez del traslado de régimen petitionado por la demandante con la suscripción del formulario de afiliación a *Colpensiones* suscrito el 4 de octubre del 2011.

Implica lo precedente que el argumento de la defensa, basado en que el presente debate sobre la validez del traslado de la demandante a *Colpensiones* fue desatado por el comité de multivinculación, estableciendo que la misma se encontraba válidamente afiliada a la AFP hoy demandada, carece de fundamento probatorio.



Lo que en suma implica que *Colpensiones* no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, al tenor de lo reglado en el artículo 145 del C.P.T y la S.S.

De cara a lo indicado en líneas precedentes, es patente que la demandante tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, en tanto elevó la solicitud de afiliación antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad establecida en la ley, por lo que resulta lógico que se disponga el correspondiente traslado en los términos fijados en primera instancia.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00440 01
Demandante: MIGDALIS MERCEDES MEDINA DE BRITO
Demandado: PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En atención al poder allegado por Colpensiones se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho ANA MARIA VARGAS JEREZ, identificada con C.C No 1.090.449.043 y T.P No 289.559 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, así como la consulta generada respecto de *Colpensiones*, en razón de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Migdalís Mercedes Medina de Brito*, formuló demanda en contra de *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada el 18 de enero de 1999 a través de *Porvenir S.A.*; en consecuencia, se le ordene trasladar a *Colpensiones* el monto total de los aportes acreditados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 11 de marzo de 1958, iniciando su vida laboral desde el 11 de mayo de 1984, por lo que sus aportes los efectuó al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, a través de la Caja de Compensación Familiar de la Guajira.

Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de enero de 1999 por intermedio de la *AFP Horizonte*, hoy *Porvenir S.A.*, sin que le fuese informado las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni que la fecha de redención normal de su bono pensional sería al cumplimiento de los 60 años de edad.

Tampoco se le informó sobre la diferencia de la distribución de las cotizaciones realizadas, por lo que la afiliación no estuvo acompañada de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla; finalmente precisó que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la AFP no le informó que podía regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar quince (15) años de servicios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en el entendido que el traslado de la demandante se realizó con el pleno uso de sus facultades y de forma libre y espontánea.

Que tampoco le asiste el derecho, en atención de lo regulado en la sentencia SU-062 de 2010, donde se ratificó la sentencia C-789 de 2002, y que a su vez declaró la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la que se concluyó que no es viable el traslado de régimen cuando falten diez (10) años o menos para cumplir la edad requerida para acceder a la pensión, a menos que



el solicitante hubiese cotizado quince (15) años de servicios al 1 de abril de 1994, condiciones que no cumplió la actora.

Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, y la denominada innominada o genérica.

A su turno *Provenir S.A* igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, recalcando que al momento del traslado a la actora se le brindó una información clara, veraz y comprensible, indicándole que estaba cubierta de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y siendo consiente de estos aspectos optó por trasladarse de manera libre en la escogencia del régimen pensional.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado realizado en la *AFP Horizonte*, hoy *Porvenir S.A*, que realizara la actora el 18 de enero de 1999. Asimismo, ordenó a *Provenir S.A* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores de la cuenta individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a *Colpensiones* recibirla sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que no se



probó dentro del plenario, pues *Porvenir S.A* careció de prueba para lo de su cargo en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Que no se puede considerar como admisible el hecho que con la suscripción del formulario se pueda entender acreditada la voluntad de la actora como libre y consiente, ya que se logró demostrar las consecuencias que padecía la actora frente a su derecho prestacional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que la actora hizo uso de su derecho de elección contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera libre y voluntaria, ya que dentro del proceso no se probó la existencia de alguno de los vicios del consentimiento que consagra el artículo 1508 del Código Civil.

Que tal como lo dispuso la Ley 100 de 1993, para la afiliación bastaba con que se hiciera por escrito, máxime si las normas al ser de carácter público, deben ser conocidas por todos los habitantes del territorio nacional, por lo que se debe presumir la buena del fondo de pensiones.

Además enfatizó que, a pesar del deber de información de las administradoras pensionales, ello no exonera al deber de concurrir al afiliado suficientemente ilustrado a la asesoría de su régimen pensional, el cual dependerá de sus expectativas económicas y del plazo para acceder a la prestación por vejez.

Porvenir S.A argumentó en el recurso de alzada que, para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y demás Decretos Reglamentarios, para ese entonces no existía ninguna norma que obligara a las administradoras de pensiones a dejar por escrito la información suministrada, por lo que debe entenderse que la afiliada tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse, sin que dentro del plenario se hubiese advertido algún



error o fuerza en el consentimiento de convencer a la actora de suscribir el contrato de afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social,



según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un



derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 18 de enero de 1999, que tuvo fecha de efectividad a partir del 1 de marzo de 1999, según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* (Fl. 94), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*



demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Porvenir S.A.*, ya que precisó que no tenía conocimiento de quién era el funcionario que le había suministrado el asesoramiento en su momento a la demandante, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación.

En ese orden de ideas, se ajusta a derecho la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado, lo cual además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en la sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba



devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 04 2018 00454 01
Demandante: RICARDO FAJARDO ÁLVAREZ
Demandado: ALLIANZ SEGUROS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Ricardo Fajardo Álvarez*, presentó demanda Ordinaria en contra de *Allianz Seguros S.A.*, para que se condene a esta última, a la indemnización por despido sin justa causa, así como al pago de los perjuicios que se ocasionaron como consecuencia de la terminación sin justa causa del contrato de trabajo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 2 de enero de 1983, a fin de desempeñar el cargo de Auxiliar de Oficina GV, vínculo contractual que tuvo vigencia a partir del 3 de enero de 1983.

Que su labor siempre se desempeñó en legal orden para con la demandada, sin tener ningún inconveniente, tanto así, que tuvo diferentes ascensos, siendo su último cargo el de Gerente Casa Principal en la Gerencia de Compras y Servicios, encargándose de los procesos de adquisición de bienes y servicios conforme a los lineamientos establecidos por la compañía, dentro de los cuales se encontraba el



mantenimiento de los equipos de aires del Archivo de Bogotá de la Calle 17, y la conformación de un centro médico en la Ciudad de Barranquilla.

En lo que concierne al proceso de los equipos de aires del Archivo de Bogotá de la Calle 17, indicó que dentro de la ejecución del proyecto se presentaron situaciones como que el proveedor que realizó el mantenimiento de los equipos fue seleccionado conforme a lo señalado en el procedimiento de compras regulado por *Allianz Seguros S.A.*, donde se concluyó que el indicado para desarrollar el mantenimiento era la empresa *Clima Confort S.A.S.*, la cual se hizo en el mes de noviembre de 2015.

Que en dicho proyecto, se determinaron diferentes adecuaciones, por lo que el 28 de marzo de 2017, presentó en la reunión del comité operativo el valor de las adecuaciones que serían por un valor de \$18.000.000, suma que fue aprobada por dicho comité.

Además, la construcción del archivo de Bogotá involucró las adecuaciones de las instalaciones de la Calle 12B, por lo que el 10 de abril de 2017, *Clima Confort* informó a la demandada sobre las omisiones presentadas en la acometida eléctrica de la Calle 12B, lo cual generaba un alto riesgo de electrocutamiento por contacto, a lo cual debía hacerse las correcciones respectivas, conllevando a adjuntar la oferta económica No. 2017426 con un costo total de \$24.654.600.

Por consiguiente, el día 12 de abril de 2016, el señor *Carlos Fernando Valderrama*, Director de Servicios e Infraestructura de la Gerencia de Compras y Servicios, le informó las deficiencias de la acometida eléctrica y adjuntó la propuesta económica de reparación del proveedor *Clima Confort*; ese mismo día, informó a su jefe directa *Nidia Rangel*, quien era la Vicepresidente de Operaciones, de los riesgos que presentaba el proyecto, sumado a que solicitó otras cotizaciones a diferentes oferentes, y preparó un cuadro comparativo donde se infirió que la mejor alternativa económica para la adecuación del cableado era la presentada por *Clima Confort S.A.S.*

Puntualizó que el día 25 de abril de 2016, su jefe inmediata señora *Nidia Rangel*, dio el visto bueno respecto de la cotización que presentó *Clima Confort S.A.S.*, para así proceder a efectuar las reparaciones necesarias, las cuales se efectuaron a satisfacción y de forma oportuna.



En lo que respecta a la adecuación del centro médico de la Ciudad de Barranquilla, adujo que inició con la aprobación por parte del Comité de la demandada, precisando que debía aprobar todas las compras que superasen \$300.000.000 conforme lo regula la norma de compras OPE-06-002.

Por tanto, el comité ejecutivo para la realización del proyecto, solicitó renegociar el valor cotizado por uno de los proponentes, que fue *Rogeles Durán Arquitectos S.A.S.*, y que en caso de aceptarse esta renegociación se le contratarían sus servicios, situaciones que fueron superadas para comenzar con el proyecto, por lo que solo dio la orden de extender la carta de aceptación respectiva, cuando verificó que los términos de la propuesta coincidían con lo aprobado por el comité ejecutivo.

Que la obra proyectada por *Allianz Seguros S.A.*, se inició con un permiso de reparaciones locativas y el presupuesto inicial fue con base en ese permiso, tomando en alquiler la primera planta de un inmueble en la Ciudad de Barranquilla, pero una vez iniciada la obra, la Curaduría del Distrito Especial Industrial y Portuario solicitó realizar unos cambios al proyecto arquitectónico, otorgando una licencia de construcción que implicó un rediseño de la obra en curso, exigiéndose la adecuación de un segundo piso que no se encontraba dentro del presupuesto inicial, lo que implicó construir y dotar el centro de salud de un ascensor e implementar una zona de parqueaderos más amplia a la presupuestada.

Las exigencias de la Curaduría conllevaron a que el presupuesto se ajustara, novedad que fue informada al comité ejecutivo de la demandada a través de su jefe inmediata *Nidia Rangel*, quien para la época de los hechos pertenecía al referido comité ejecutivo, y era la encargada de presentar ante el mismo, las novedades que se presentaban en el desarrollo que él tenía como subordinado.

Que en tal sentido, comunicó todos los acontecimientos del proyecto a *Carlos Fernando Valderrama* como a *Nidia Rangel*, incluido el aumento de los honorarios de los contratistas que realizarían la obra, a tal punto que le presentó un informe, quien no lo dio a conocer al comité sino hasta el 7 de febrero de 2017, con la explicación de los valores adicionales que se habían ejecutado.



Expuso que en el mes de junio de 2017, finalizó la entrega del centro médico, y el 29 de agosto de 2017, la Gerente de Desarrollo Humano de la demandada señora *Catalina Guevara Santa María*, lo notificó del inicio de un proceso disciplinario y le envió una solicitud de descargos por el presunto incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo y código de conducta respecto del incremento presupuestal del centro médico, por lo que el 1º de septiembre del mentado año, atendió y dio respuesta detallada y oportuna a las afirmaciones y preguntas de los descargos, con los soportes del por qué el aumento presupuestal.

Que la responsabilidad de llevar la adición presupuestal del proyecto al comité era de su jefe inmediata, la señora *Nidia Rangel* y no de él, aspecto que comunicó en la diligencia de descargos, pero a pesar de ello, el 13 de septiembre de 2017, le fue terminado su contrato de trabajo.

Por último, adujo que la carta de despido no atiende lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, sin que se señalara la comisión de alguna falta grave que diera lugar al finiquito del contrato.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada *Allianz Seguros S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la terminación de la relación laboral del demandante se dio en forma unilateral, por la justa causa que se señala en la comunicación de calenda 13 de septiembre de 2017, en la que se realizó una amplia exposición de los motivos que originaron el finiquito, como las exposiciones legales que la soportaron.

Que de conformidad con la política y el procedimiento de compras de la compañía, el actor como Gerente de Casa Principal del Área de Compras, era el responsable de todas las adquisiciones que se gestionaran directamente en su área, responsabilidad que incumplió de manera grave para el proyecto del centro médico de la Ciudad de Barranquilla y de modernización del archivo.

Adicionó en su defensa, que dentro del proceso de investigación que se adelantó, se pudo constatar que en relación con el proyecto médico de la Ciudad de Barranquilla liderado por el actor, se ejecutó con un sobre costo respecto del presupuesto que fue aprobado, sin que para ello el señor *Ricardo Fajardo Álvarez*



hubiera contado con la aprobación del comité ejecutivo, aunado al hecho que el proyecto presentó retrasos en su obra que fueron advertidos por el contratista al actor en varias oportunidades desde el mes de octubre de 2016, sin haber puesto en conocimiento del comité tales circunstancias.

En tal sentido, no puede pretender que se tenga como válido el hecho que comunicó los sobre costos del proyecto a *Nidia Rangel*, toda vez que no suple al comité ejecutivo, de ahí que advierta el mal actuar en el que incurrió.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, justa causa de despido, inexistencia de perjuicios morales atribuibles a la demandada, carencia de derecho, prescripción, compensación, buena fe y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 28 de junio de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1983 y el 13 de septiembre de 2017, cuyo último cargo desempeñado por el demandante fue el de Gerente Casa Principal en la Gerencia de Compras y Servicios, absolviendo a la pasiva de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no fue objeto de discusión el contrato de trabajo que suscribieron las partes, los extremos en que perduró el vínculo, así como el último cargo desempeñado por el demandante, en los términos expuestos en precedencia.

Luego, procedió a analizar que las causas endilgadas por la demandada para despedir al actor en la carta de terminación que le fuese comunicada el 13 de septiembre de 2017 se encontrasen ajustadas a las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Conducta de la empresa, concluyendo que las conductas endilgadas al actor para su despido se ajustaron a derecho conforme se acreditó del caudal probatorio allegado.

En lo que respecta a la falta cometida por el actor que se justificó en la carta de terminación con base en lo reglado en el artículo 62 del C.S.T., subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, no efectuó pronunciamiento en cuanto a su



gravedad, por cuanto dicha normatividad contiene dos hipótesis para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, la primera es cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del C.S.T., y la segunda, cualquier falta grave y calificada como tal en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales, o reglamentos, siendo esta última hipótesis la acontecida en el plenario.

Bajo este entendido, la Corte ha señalado que cuando el empleador invoca la primera situación, le es posible al Juez calificar la gravedad de la violación, y en el caso que se invoque la segunda circunstancia, es claro que la calificación de la gravedad de la falta, corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos o reglamentos.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló, con el argumento que la *a-quo* erró en el entendimiento de la carta de despido, como quiera que, la misma no se fundamenta en la segunda de las hipótesis referidas en el artículo 62 del C.S.T., sino en la primera, pues ello se extrae simplemente de la lectura de la carta cuando dice que la decisión se toma por la violación grave de las obligaciones y deberes como empleado de la compañía, enlistándose unos artículos del Reglamento de Trabajo, que no califican como graves las conductas que se le atribuyen, por lo que el Juez sí es competente para calificar la gravedad de la conducta.

Que en gracia de discusión, tampoco es acertada la decisión de la falladora de instancia respecto de la segunda hipótesis del numeral 6º del artículo 62 del C.S.T., pues en ningún instrumento que se tuvo en cuenta la empresa para motivar el despido aparecen las justas causas que se le imputaron, o por lo menos no se encuentran señaladas como faltas graves, máxime si se tiene en cuenta que los sobre costos que se produjeron en la adecuación fueron necesarios como consecuencia de los percances que se presentaron en el archivo del edificio; tanto así, que la obra se entregó a satisfacción sin causar ningún perjuicio para la pasiva.

Aduce que la segunda falta que se le imputó tampoco existió, en razón a que el proyecto en la Ciudad de Barranquilla tuvo la autorización del comité ejecutivo, y



todos los sobrecostos que se fueron presentando se le comunicaron a su superior, sin que fuesen valoradas las pruebas atinentes a los correos electrónicos que dan fe de dichas comunicaciones, más aún si la señora *Nidia Rangel* pertenecía al comité ejecutivo y no comunicó los sobrecostos.

Por último, puntualizó que los sobrecostos tampoco obedecieron a su actuar, sino en razón de las exigencias de la Curaduría Urbana de Barranquilla, por lo que no se le puede imputar esa responsabilidad.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de establecerse si los motivos endilgados al actor por parte de la demandada al momento del despido, fue realizado dentro de la órbita legal en atención de las conductas que se endilgaron en la carta del finiquito fechada el 13 de septiembre de 2017.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que como lo determinó la *a-quo*, dentro del proceso no fue objeto de reparo que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1983 y el 13 de septiembre de 2017, cuyo último cargo desempeñado por el demandante fue el de Gerente Casa Principal en la Gerencia de Compras y Servicios, prueba de ello, es la copia del contrato de trabajo, la certificación laboral emitida por la demandada el 13 de septiembre de 2017, y la carta de terminación del contrato de trabajo (Fls 36 a 37, 266 a 267, 132, 565).



Respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Sobre este aspecto, dentro del plenario obra la carta de terminación del contrato de trabajo que le efectuara la pasiva al señor *Ricardo Fajardo Álvarez* fechada el 13 de septiembre de 2017 (Fls 561 a 563), cuyo asunto es la “*Decisión proceso disciplinario*”, y que se suscribiera por la Gerente de Recursos Humanos de la accionada señora *Catalina Guevara Santamaría*, de ahí que el actor haya probado el despido conforme a las reglas jurisprudenciales; circunstancia por la cual, se adentra la Sala a analizar si las causales allí indicadas se encuadren en una terminación justa para la terminación de la relación laboral.

La motivación de la terminación del contrato de trabajo, la asentó la pasiva en los siguientes aspectos:

Recalcó que, dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo y la legislación laboral, después de haber estudiado las pruebas aportadas durante el proceso disciplinario adelantado al demandante, y los descargos por él realizados tanto escritos como orales, se tomó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo basado en los numerales 4 y 9 del artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo, el artículo 17 del Código de Conducta y el numeral 6º del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, imputando:

1. La violación grave de las obligaciones y deberes como empleado de la compañía, que se encuentran consagrados en el Reglamento Interno de Trabajo en los artículos 60 – Numerales 6 y 10, artículos 65 - Numerales 2, 7, 8, 54, 64 y 66, artículo 67 – Numeral 37, y aquellos consagrados en el Código de Conducta de la Compañía en los numerales 1 y 2.
2. La evidencia que en el ejercicio de las funciones como Gerente de la Gerencia de Compras incumplió en repetidas ocasiones, con lo establecido



por la política y el procedimiento de compras de la Compañía, tal como se aceptó en los descargos.

3. La política de compras establece como responsabilidad de la Gerencia de Compras, realizar el proceso de compras o acompañamiento en el mismo a las diferentes áreas de la Compañía, responsabilidad que el demandante descuidó de manera grave e incumplió al desarrollar proyectos de infraestructura sin los vistos buenos exigidos por la política para la aprobación de presupuesto, o al llevar a cabo un proyecto de importante costo, sin que para ello se hubiese celebrado el contrato respectivo, lo que evidencia un descuido por su parte de los intereses y seguridad contractual.
4. La compañía comprobó que, bajo el gerenciamiento del actor, se desarrollaron obras de infraestructura que superaron de manera considerable el presupuesto inicialmente aprobado por el nivel de autoridad respectivo, sin que esto se hubiera presentado en debida forma para su aprobación, y sin que se hubiese cumplido el procedimiento establecido en el numeral 5.2.2 *Niveles de autorización del procedimiento de Compras de la Compañía*.
5. De las pruebas entregadas por el actor durante el proceso disciplinario que se le efectuó, se evidenciaron faltas graves de su gerenciamiento y de los proyectos que se encontraban a su cargo como el de su equipo de trabajo, lo cual quedó demostrado cuando en repetidas ocasiones aceptó no tener conocimiento preciso de las razones o motivos por los que en repetidos sucesos se desconoció lo establecido por políticas y procedimientos de compras de la Compañía.
6. Durante el proceso disciplinario y la investigación desarrollada por la compañía, quedó demostrado que en diferentes ocasiones los proyectos ejecutados por la Gerencia de Compras habían tenido un importante impacto e incidencia económica para la compañía, toda vez que se tuvieron que invertir valores significativamente mayores a aquellos aprobados y presupuestados sin que el actor hubiese demostrado una debida y suficiente diligencia para prevenir y/o informar esa situación en debida forma.



Así las cosas, se aprecia que los numerales 4 y 9 del artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo (Fls. 600 a 616), se establece:

“Artículo 71. Constituyen faltas graves:

“(....)

“4. Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias.

“(....)

“9. La desobediencia a las órdenes que en forma particular le impartan los superiores jerárquicos, la junta directiva o los accionistas de la compañía.

“(....)

“Parágrafo: *La violación de las obligaciones y prohibiciones laborales de los trabajadores que constituyen una justa causa de terminación de contrato de trabajo será a consideración de la compañía.*

“La gravedad será determinada por los hechos ocurridos por la violación de cualquiera de las obligaciones y prohibiciones contenidas en este reglamento, en los contratos individuales de trabajo, en las políticas, códigos, manuales o reglamentos laborales o corporativos de la compañía, la ley y por las consecuencias derivadas de los hechos, situación que en cada caso será investigada y decidida por la Compañía y que por tratarse de una conducta de carácter inadmisibles del trabajador, podrá dar lugar a la terminación del contrato de trabajo del trabajador con justa causa. La justa causa de terminación deberá estar plenamente demostrada y deberá darse a conocer al trabajador al momento de invocarla para dar por terminada la relación laboral”.

A su turno, el Código de Conducta en su artículo 17 visible a folios 587 a 589, establece:

“17. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO:

“El incumplimiento de este Código puede exponer al empleado y a las Compañías a sanciones legales que afecten su reputación.

“Las sanciones disciplinarias por parte de un ente regulador, en caso grave de incumplimiento, puede generar una multa o suspensión de la autorización para desarrollar alguna de las actividades de las Compañías.

“Toda actuación, omisión, acto o comportamiento que sea contrario a las disposiciones de las Compañías contenidas en reglamentos, circulares, manuales, instrucciones, así como a los estipulado en el presente Código de Conducta se considerará como falta grave y por tanto meritoria de la aplicación de sanciones disciplinarias contenidas en el Reglamento Interno



de Trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo, que puede llegar incluso a la terminación del contrato de trabajo con justa causa”.

Así las cosas, como lo ha sostenido la Alta Corporación, en tratándose de varias conductas motivacionales del despido, si una de las causales se llega a determinar, es suficiente para declarar justo el finiquito; a pesar de ello, y en razón de que en primer grado se analizaron las conductas 3ª y 4ª que se le endilgaron al actor en la carta de terminación, en atención al principio de consonancia, toda vez que dichas conductas fueron las reprochadas en el recurso de alzada, serán las mismas que se estudien en esta instancia.

En tal sentido, la primera causal analizada por la falladora de instancia en la carta de terminación, fue la atinente a *“La política de compras establece como responsabilidad de la Gerencia de Compras, realizar dicho proceso de compras o acompañamiento en el mismo a las diferentes áreas de la Compañía, responsabilidad que el demandante descuidó de manera grave, e incumplió al desarrollar proyectos de infraestructura sin los vistos buenos exigidos por la política para la aprobación de presupuesto, o al llevar a cabo un proyecto de importante costo, sin que para ello se hubiese celebrado el contrato respectivo, lo que evidencia un descuido por su parte de los intereses y seguridad contractual”.*

Sobre la referida causal, se puede apreciar que fue creado por la demandada el documento denominado OPE-06-002 – Norma de Compras (Fls. 570 a 579), la cual tiene como objetivo:

“El objetivo de esta norma es indicar las políticas establecidas por la Compañía para la compra de bienes y servicios”

A su vez, esta norma de compras preceptúa **“Alcance:** *Esta norma es aplicable para todas las compras, venta de activos y contrataciones que se realicen en la Compañía, exceptuando las relacionadas con la contratación de las áreas de siniestros: Abogados, peritajes médicos, Clínicas y otros relacionados con temas de siniestros”.*

Seguidamente, la mentada norma de compras en su numeral 4.1., establece los niveles de autoridad para la aprobación de las compras de un bien o servicio, determinando que las compras hasta de \$30.000.000, los responsables son los Gerentes del presupuesto a afectar, entre \$30.000.000 y 300.000.000 el



responsable es el Comité de compras, y más de \$300.000.000 el responsable es el Comité Ejecutivo.

A su vez, el referido documento en el numeral 4.2. regula que como requisito para la compra que *“Una vez aprobada la compra por el nivel de autoridad respectivo, el área contratante debe proceder a elaborar el contrato en conjunto con el área jurídica de la compañía”*.

De otra parte, en el Acta de Descargos que se le realizara al demandante el 11 de septiembre de 2017 visible a folios 117 a 130 y 546 a 559 respectivamente, puntualizó en la respuesta de la pregunta No. 4 que tenía a su cargo todo lo relacionado con la infraestructura de la compañía (casa principal y sucursales), así como la parte de compras de acuerdo a las normas y el tema de proceso de pagos de facturas de las compras administrativas; también la logística de los archivos físicos de la compañía; seguidamente en la respuesta a la pregunta No. 5 manifestó tener conocimiento de las políticas establecidas por la Compañía para la compra de bienes y servicios, junto con el procedimiento de compras.

Seguidamente, a la pregunta No. 50, atinente a manifestar en forma acertada o negativa que la política de compras de la compañía establece que, una vez aprobada la compra por el nivel de autoridad respectivo, el área contratante debía proceder a elaborar el contrato en conjunto con el área jurídica, el actor afirmó que así era el procedimiento, pero que sobre el mismo había existido una omisión para su realización.

En la pregunta No. 51, se le preguntó sobre el proyecto de modernización de Archivo – Adecuación Eléctrica y las razones por las que un proyecto de \$150.802.601, no contó con un contrato donde se estableciera de manera clara aspectos como (i) objetivo y alcance del contrato, (ii) términos y condiciones, (iii) precios, (iv) responsabilidades del contratista, (v) KPI, (vi) cláusulas indemnizatorias, (vii) duración del contrato, entre otros, a lo cual precisó que a *Carlos Fernando*, quien era su sub alterno, se le había pasado hacer el contrato y él como Gerente de Operaciones no le había preguntado, y en la respuesta a la pregunta No. 56 manifestó ser el responsable del seguimiento a los procesos de compra, pero no realizó tal actuar.



Al unísono se recaudó el testimonio del señor *Carlos Valderrama Ceballos*, el cual adujo que laboró para la demandada desde el año 1997 hasta aproximadamente el mes de octubre de 2017, es arquitecto, y su último cargo fue el Director de Servicios e Infraestructura. Puntualizó que fue uno de los intervinientes de la obra del centro médico de Barranquilla y de las adecuaciones que se hicieron en los archivos de la pasiva en las calles 13 y 17.

Precisó que la Gerencia de Compras era quien tenía a su cargo el archivo, por lo que generaron un reporte a la Gerencia de riesgos al no existir un sistema de detección de incendios en lo inmuebles, de ahí que haya sido necesario generar obras adicionales a las inicialmente establecidas para poder mitigar el riesgo de incendio, creyendo que se autorizaron por la Vicepresidente de operaciones sin afirmar que ésta última en efecto lo haya autorizado; precisó que las obras fueron entregadas a satisfacción y que el proyecto de archivo había sido una obra eléctrica, el cual había ascendido a una suma elevada de dinero.

Los dichos del testigo, se acompasa con la declaración de parte realizada por el Representante Legal de la demandada, el cual manifestó que el proyecto de Archivo se desarrolló sin un contrato previ6, de lo que existió una desprotección contractual.

Como consecuencia del análisis probatorio, puede concluirse que la causal No. 3 imputada al demandante en la carta de terminación del contrato de trabajo, se encuadra como una terminación ajustada a los lineamientos del Reglamento de Trabajo, en concordancia con el Código de Conducta, como quiera que, según los parámetros reglados en el documento denominado OPE-06-002 – Norma de Compras, por el cargo que tenía - Gerente Casa Principal en la Gerencia de Compras y Servicios -, en esta área se encuentra implícita la elaboración de contratos en conjunto con el área jurídica, una vez se haya autorizado la compra por el área correspondiente.

Por consiguiente, este actuar al no haber sido desarrollado por el demandante, que como se reitera, estaba dentro de sus obligaciones para el proyecto de modernización del archivo en las calles 13 y 17; tanto así, que él consideró como una omisión en la diligencia de descargos efectuada el 11 de septiembre de 2017, conducta considerada como una falta grave, concomitante como una justa causa



de terminación del contrato de conformidad con lo establecido en el Parágrafo del artículo 17 del Código de Conducta.

Otra de las conductas endilgadas para el despido fue la conducta No. 4, esto es, la que envuelve lo referente a *“La compañía comprobó que bajo el gerenciamiento del actor, se desarrollaron obras de infraestructura que superaron de manera considerable el presupuesto inicialmente aprobado por el nivel de autoridad respectivo, sin que esto se hubiera presentado en debida forma para su aprobación, y sin que se hubiese cumplido el procedimiento establecido en el numeral 5.2.2 Niveles de autorización del procedimiento de Compras de la Compañía”*.

Frente a esta conducta, el numeral 5.2.2. hace referencia a los niveles de autorización regulado en el documento denominado OPE-06-002 – Norma de Compras, que precisa:

“Luego de tener el resultado de la evaluación de las ofertas y el cuadro comparativo realizado para aprobar la compra o el sustento del proveedor único, se deben tener en cuenta los niveles de autoridad definidos en la Circular de Compras Vigentes”

El documento OPE-06-002 – Norma de Compras, regula en los lineamientos generales numeral 4.2. lo siguiente:

“Toda compra debe estar en el presupuesto asignado para el año y es el responsable del control presupuesto de la cuenta afectar quien debe inicialmente dar el Vo Bo de la compra”.

De igual manera, como ya se hizo énfasis con anterioridad de este documento, se especificó en el numeral 4.1. los niveles de autoridad y, por consiguiente, la forma como se aprobaban las compras de un bien o servicio.

La causal se centra exclusivamente al proyecto que se ejecutó en el centro médico de la Ciudad de Barranquilla, con ocasión a los sobrecostos que alude la pasiva ocurrieron en su organización, del que el actor era el directamente responsable, valores adicionales que en ningún momento fueron aprobados.

Del interrogatorio de parte extraído al Representante Legal de la demandada, el mismo indicó que para el centro médico de Barranquillo en inicio se aprobó un presupuesto para su elaboración, pero este tuvo inconveniente con las licencias



de construcción por parte de la Curaduría ya que en inicio era una adecuación de un bien inmueble, pero en resumidas cuentas debió hacerse una obra totalmente nueva, sin que esos percances se hubiesen comunicado por el demandante desde un inicio.

Que si bien el señor *Carlos Valderrama Ceballos*, subalterno para ese entonces del demandante y quien era el arquitecto, remitió correos electrónicos con destino a la compañía, dentro de su contenido se relataban aspectos tales como un trabajo adicional pero no de sobrecostos, esterándose del sobre costo solo hasta la finalización de la obra, que ascendía a más de \$800.000.000.

El testimonio del señor *Carlos Valderrama Ceballos*, dijo que en el proyecto de Barranquilla existieron sobrecostos que se dieron por los vicios ocultos que tenía el inmueble, por lo que el presupuesto que inicialmente se estableció con la Compañía se incrementó, y que estas connotaciones le fueron comunicadas a la señora *Nydia Rangel*, Vicepresidente de Operaciones y jefe inmediata del demandante.

Que suponía que la señora *Nydia Rangel*, era quine comentaba los sobrecostos al Comité Ejecutivo de la demandada, que se estaban realizando ya que esa era su obligación, sin que las personas pudieran por decisión propia presentar algún proyecto ante el Comité.

La señora *Nydia Rangel*, Vicepresidente de Operaciones de la empresa desde el año 2016, expuso que el demandante nunca le manifestó en forma presencial de los sobrecostos presentados en el proyecto del centro médico de Barranquilla, el cual empezó en el año de 2016; que el aval de los sobre costos no los autoriza el Vicepresidente del área sino que se deben aprobar por intermedio del Comité Ejecutivo; que los sobrecostos se produjeron por unas licencias que ordenó la Curaduría, pero aun así, el demandante le comunicó que no existirían problemas en el desarrollo de la obra.

Que luego de aprobado el presupuesto del proyecto, el demandante le informó únicamente por un sobrecosto que se había presentado por la compra de un ascensor que ascendía aproximadamente a \$98.000.000, situación que le comunicó al Comité, pero en ningún momento el demandante informó por un



sobre costo de más de casi \$1.000.000.000, aspecto que no fue conocido sino hasta junio por parte de la Compañía.

Sobre los correos electrónicos, manifestó que en efecto sí fueron remitidos informándose de unos valores adicionales en el proyecto, sin que se especificara a cuánto ascendían los sobrecostos, aunado al hecho que cuando se encontraba personalmente con el demandante, nunca le manifestó el monto real al que ascendía la obra, la cual tuvo además perjuicios financieros para la Compañía.

La testigo señora *Alba Lucía Gallego Nieto*, Vicepresidente Jurídica de la demandada hasta el año 2018, por lo que fue miembro del Comité Ejecutivo, refirió que en la obra en el centro médico de Barranquilla se generó un extra costo, proyecto del cual se dijo que existía un sobrecosto que ascendía aproximadamente a \$160.000.000 porque se tenía que comprar un ascensor y arreglar un parqueadero, pero no se dijo nada en el Comité de un costo que ascendiera cerca a los \$1.000.000.000, y tan sólo se enteraron de ello hasta la culminación de la obra.

El señor *Edwin José Sarmiento Herrera*, quien dijo ser contratista para la demandada entre los años 2016 y 2017, dijo que el proyecto de Barranquilla se aprobó aproximadamente por unos \$1.100.000.000, sin tener conocimiento de la autorización del sobrecosto que se tuvo que hacer en la obra.

De todo lo dicho, se puede concluir que en efecto en el proyecto dirigido por el demandante para el centro médico de la Ciudad de Barranquilla se presentaron sobrecostos que el señor *Ricardo Fajardo Álvarez* no comunicó en debida forma al Comité ejecutivo, pues como se ha reiterado, para la aprobación de los mismos por ser un monto que superaba los \$300.000.000, debía aprobarse por el Comité Ejecutivo de conformidad con lo establecido en el documento OPE-06-002 – Norma de Compras, sin que haya existido si quiera prueba que del monto por el cual aumentó el sobrecosto de la obra, hubiese sido comunicado al Comité, sino hasta el culminó el mismo.

Ahora bien, el demandante insiste en el recurso de apelación y como lo adujo en la diligencia de descargos del 11 de septiembre de 2017, que comunicó los sobre costos a su jefe inmediata señora *Nydia Rangel*, Vicepresidente de Operaciones, prueba de ello son los correos electrónicos de fechas 18 de octubre, 2 de



diciembre, 13 de diciembre de 2016, 27 de enero y 1 de junio de 2017 visibles a folios 40, 41, 44, 45, 47 y 54 respectivamente.

De su contenido no se advierte más que una exposición de costos adicionales en el proyecto médico de Barranquilla, sin que se precise a cuánto ascendían, sumado al hecho que este tópico no puede entenderse como que los costos adicionales se hubiesen presentado directamente a Comité Ejecutivo, ya que el actor como lo sostuvo en la diligencia de descargos, tenía conocimiento de cómo se debía hacer este procedimiento, por consiguiente la causal endilgada también se ajustó al Reglamento Interno de Trabajo y demás disposiciones que regulan el despido acertado que se le imputo por la pasiva al señor *Ricardo Fajardo Álvarez*.

Por último, el apelante solicita que se aplique la primera hipótesis, en lo que concierne a la calificación de la conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T.

Resulta inoperante lo alegado, en tanto, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, siendo una la SL2309-2020, Radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020, al haberse calificado como graves las faltas del actor derivado del Reglamento Interno de Trabajo y demás disposiciones, no es dable adentrarse al estudio de la gravedad de la conducta, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 28 de junio de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 37 2018 00536 01**
Demandante: **DARÍO ANGULO SÓCRATES**
Demandado: **INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Darío Angulo Sócrates*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Ingeniería e Inversiones MPF S.A.S.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes; y en consecuencia, se condene a la pasiva al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, salarios adeudados, indexación, así como la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, adujo que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 2 de octubre de 2017, perdurando hasta el 19 de julio de 2018, a través de un contrato por duración de la obra o labor; que el cargo que desempeñó fue el de oficial de construcción, devengando un salario mensual de \$1.393.300, desarrollando la actividad bajo la continuada subordinación y dependencia de la demandada.

Adujo que la demandada le notificó el día 19 de julio de 2018 que la obra “*Pipiral 7*” había culminado, lo cual no es cierto pues esta continúa en ejecución. Por último, narró que se le adeudan salarios desde el 16 hasta el 19 de julio de 2018, por un valor de \$185.845, sin que tampoco se le hubiese cancelado sus prestaciones sociales, incluida la consignación de las cesantías a 31 de diciembre de 2017 al correspondiente fondo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Ingeniería e Inversiones MPF S.A.S* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que siempre ha actuado de buena fe, al igual que ha reconocido en legal forma los derechos laborales que el demandante pretende.

Además, precisó que, el contrato culminó debido a la finalización de la obra por la que se le había contratado, la cual se desarrolló en el Proyecto Puente 7 Viaducto Pipiral.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, compensación, buena fe, inexistencia de mala fe y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de octubre de 2019, condenó a la demandada al reconocimiento y pago a favor del actor al pago de salarios insolutos en cuantía de \$171.761 por el periodo comprendido entre el 16 y el 19 de julio de 2018, indemnización por despido sin justa causa por valor de



\$600.000, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria e indexación.

Para arribar a dicha conclusión, precisó que como quedó consignado en la fijación del litigio, no fue objeto de reproche la existencia del contrato de trabajo, ni los extremos temporales que lo constituyeron, esto es, del 2 de octubre de 2017 al 19 de julio de 2018. Determinó que el salario de la relación laboral ascendió a la suma de \$1.200.000, ya que fue el monto que se consignó en el contrato de trabajo, máxime si ante la ausencia no justificada por el demandante recayeron sobre él las consecuencias procesales, más exactamente tener por cierto el hecho segundo de la contestación de la demanda.

Estima que, a pesar de haberse aportado la liquidación de prestaciones sociales, el demandado no demostró haber cancelado salarios por el periodo comprendido entre el 16 y el 19 de julio de 2017, de ahí que haya fulminado condena por estos rubros.

Frente al pago de las acreencias laborales, dijo que en el asunto se había presentado una situación particular, la cual era que al momento de la presentación de la demanda, esto es, el 14 de agosto de 2018, se afirmó en el líbello introductorio que no se habían realizado los pagos por concepto de liquidación final de prestaciones sociales; sin embargo, con posterioridad a la fecha en que se presentó la demanda, específicamente con la contestación de la misma, se acreditó dicho pago con la liquidación por la suma de \$1.515.082, y que se soportó con la consignación bancaria que se le realizó al señor *Darío Angulo Sócrates*, valor que incluso fue superior al salario básico que se probó, por lo que no impuso condena sobre estos conceptos.

Frente a la sanción por despido sin justa causa, concluyó que al haberse suscrito un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, siendo la labor a desarrollar la cimentación del Proyecto Puente 7 Viaducto Pipiral, frente a lo cual del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada y del testimonio del



señor *Alberto Castro Cabrera*, quien actuó como director de proyectos al interior de la pasiva, se pudo colegir que el proyecto continuó con posterioridad a la fecha en que se finiquitó el vínculo de la relación laboral, aunado que no obra el preaviso de que trata el artículo 46 del C.S.T.

Por lo anterior, le asignó plena credibilidad a la declaración del Director de Proyectos, en lo concerniente a que la obra desarrollada por el demandante fue a finales del mes de julio de 2018, y no el 19 de julio de dicha anualidad como se afirmó por la empresa demandada, por lo que determinó la condena sobre quince (15) días de salario.

En lo que concierne a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, dijo que no se encontró justificación alguna para que el empleador hubiese pagado la liquidación de prestaciones sociales con dos (2) meses posteriores a la culminación del contrato, pues de una parte, en el contenido del contrato se había pactado que culminado el vínculo el empleador contaba con un (1) mes para sufragar los pagos, y de otra, no consideró excusable el hecho de que la demandada hubiese argumentado que no pagó en tiempo la liquidación por cuanto tenía más de 500 trabajadores, y por ende era un alto volumen para efectuar las liquidaciones a tiempo.

Respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías de año 2017, condenó bajo el argumento que al aducirse que el pago no se realizó como consecuencia de un error administrativo, se constituye en una situación que no se le puede enrostrar al trabajador, pues este no debe compartir los errores administrativos de su empleador.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, exponiendo que los días realmente trabajados fueron 287 y no 241 días como lo tuvo en cuenta la parte



demandada para la liquidación, por lo que se debe realizar un reajuste de las prestaciones sociales pagadas.

En virtud de lo anterior, se le continúan adeudando salarios, por ello la demandada debe pagar la indemnización moratoria hasta que se cancele integralmente lo adeudado.

La demandada también apeló la sentencia objeto de estudio, encontrando inconformidad en primer lugar en lo que gira en torno a la condena por concepto de sanción por despido sin justa causa, argumentando que de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T, en los contratos por duración de la obra o labor, no existe la obligatoriedad del preaviso.

Que de acuerdo con el interrogatorio de parte surtido por la representante legal de la parte demandada, de su confesión en ningún momento indicó que el demandante hubiese trabajado hasta el 25 de julio de 2018, aunado a que el Juzgado declaró confeso al actor en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S frente al hecho tercero expuesto en la contestación, por lo que haberse declarado como cierto o presunto, el contrato culminó en legal forma el 19 de julio de 2018; circunstancia por la cual, resulta improcedente la sanción por despido sin justa causa.

En lo que concierne a los días de salario imputados, consideró que habían sido reconocidos, sin que el accionante los reclamara desde cuando terminó el contrato de trabajo, y a haberse declarado confeso no era dable emitir condena alguna por tal concepto

Frente a la indemnización moratoria, no debe prosperar pues insiste en que el demandante fue declarado confeso en los hechos de la demanda respecto al reconocimiento y pago de todas las obligaciones, el actor no se presentó a la audiencia de conciliación, tampoco se presentó al interrogatorio de parte de donde se hubiese



podido obtener una prueba de confesión, se anexó la prueba del contrato, no se negó la existencia de la relación laboral y se pagó la liquidación, de lo que se puede concluir que no se presume la mala fe, por lo que la misma debió probarse, aspecto que no sucedió, lo cual se predica del auxilio de cesantías.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, como primer problema jurídico se determinará si existe algún emolumento pendiente por cancelar por la pasiva con ocasión a la liquidación de prestaciones sociales que le fuesen consignada.

Como segundo problema jurídico se analizará si es procedente la sanción por despido sin justa. Se tendrá como tercer problema jurídico, si las condenas impuestas por concepto de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, junto con la sanción por la no consignación de las cesantías son procedentes.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, en virtud



del cual el demandante desempeñó el cargo de Oficial de Construcción dentro del Proyecto Puente 7 Viaducto de Pipiral, por el periodo comprendido entre el 2 de octubre de 2017 y el 19 de julio de 2018, cuya remuneración básica mensual fue la suma de \$1.200.000; prueba de ello también se soporta con la copia del contrato de trabajo, la copia de la liquidación de prestaciones sociales que se le efectuara al demandante y la carta de terminación del vínculo, visibles a folios 30 a 35.

Al respecto, valga la pena señalar que durante el transcurrir del trámite procesal se surtió el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la pasiva, señora *Magda Janneth Castro Cabriles*, quien indicó que el salario devengado por el actor era de \$1.200.000 mensuales, el cual se pagaba cada quince (15) días en el Banco AV Villas; que al actor no se le consignaron las cesantías al correspondiente fondo por un error involuntario de la persona que hacía las nóminas, sin que se le quedara adeudando emolumento alguno, ya que todo se le canceló con la liquidación, puntualizando que treinta (30) días anteriores al finiquito del vínculo se le había informado en una reunión sobre la finalización de la obra, la cual culminó aproximadamente el 25 de julio de 2018.

Resaltó que el Proyecto Puente 7 Viaducto de Pipiral constaba varias fases, específicamente las de excavación, la de cimentación, y posteriormente la fase de columnas o muros, que se desarrollaba con un personal ajeno al de las actividades desarrolladas por el actor, culminando su interrogatorio diciendo que la liquidación del actor no fue pagada en tiempo toda vez que la compañía contaba con más de quinientos (500) trabajadores, siendo dispendioso realizar los pagos.

También se recaudó el testimonio del señor *Alberto Castro Cabrera*, ingeniero civil de la obra, quien a su vez desempeñaba en el cargo de Director de Proyectos desde abril de 2017, quien manifestó que el actor ingresó en el mes de octubre de 2017 y la terminación de su contrato se dio en el mes de julio de 2018, desempeñando el cargo de Oficial de Construcción en el Puente 7 de Pipiral, en la fase de cimentación.



Que la fase de cimentación inició en el mes de marzo de 2017 culminando el 30 de julio de 2018; que no tiene conocimiento de los pagos realizados, ya que no le compete esa área.

De lo anterior se establece que en efecto el accionante se desempeñó bajo un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, así como las fechas en que se verificaron los pagos de acreencias laborales, así como el motivo de la terminación del contrato, por lo cual se procede a desatar los puntos específicos de la alzada.

De las acreencias laborales:

Ahora bien, la parte demandante alegó en el recurso de alzada que si bien la demandada canceló la liquidación de prestaciones sociales el 24 de septiembre de 2018 (Fls. 35 a 36), dicha liquidación fue solucionada sobre 241 días, cuando lo correcto era que se hubiese efectuado teniendo en cuenta 287.

Así las cosas, verificada la liquidación de prestaciones sociales visible a folio 35, se aprecia que la misma arrojó un valor total de \$1.565.082, teniendo para cada rubro reconocido los siguientes días y salario básico:

LIQUIDACIÓN DEMANDADA			
ACREENCIA LABORAL	BASE SALARIAL	DÍAS TENIDOS EN CUENTA	MONTO LIQUIDADO
Vacaciones	\$ 1.200.000	12	\$ 480.000
Cesantías	\$ 1.398.300	241	\$ 936.084
Intereses Cesantías	\$ 936.084	241	\$ 75.199
Prima de Servicios	\$ 1.398.300	19	\$ 73.799

Como se puede apreciar, de los valores anteriormente anotados, para efecto de cesantías y prima de servicios fue tenido en cuenta una asignación básica mensual de \$1.398.300, calculados sobre 241 días, mientras que para el concepto de vacaciones se



pagaron 12 días de salario, atendiendo un salario mensual de \$1.200.000, y para los intereses a las cesantías 19 días con base salarial de \$936.084.

De lo dicho, puede colegirse que debido a que los extremos de la relación laboral fueron consagrados por el periodo comprendido entre el 2 de octubre de 2017 y el 19 de julio de 2018, los días a tener en cuenta fueron 287 y no 241 como lo calculó la pasiva, pero únicamente respecto de cesantías, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, por cuanto los dos primeros rubros la pasiva aceptó que no fueron consignados durante todo el transcurso de la relación laboral, tal como lo sostuvo la Representante Legal de la empresa en el interrogatorio de parte, y el tercero enunciado era lógico que se causara de manera anual, de ahí que la prima de servicios se pagara teniendo en cuenta 19 días ya que era por el segundo semestre del año de finiquito del contrato, así como que se hubiesen cancelado 12 días de vacaciones que se calculara sobre la totalidad del contrato de trabajo.

Por lo anterior, procede la Sala a calcular las acreencias laborales ya referidas con un salario base de \$1.200.000 como se asentó en primer grado, pero teniendo en cuenta 287 días para la totalidad de la relación laboral, adicional a que, para efectos de cesantías y prima de servicios se computará el auxilio de transporte:

LIQUIDACIÓN TRIBUNAL AÑO 2017			
ACREENCIA LABORAL	BASE SALARIAL	DÍAS TENIDOS EN CUENTA	MONTO LIQUIDADO
Auxilio de transporte	\$ 83.140		
Vacaciones	\$ 1.200.000	89	\$ 148.333
Cesantías	\$ 1.200.000	89	\$ 317.221
Intereses Cesantías	\$ 1.200.000	89	\$ 9.411
Prima de servicios	\$ 1.200.000	0	
TOTAL LIQUIDACIÓN			\$ 474.965
LIQUIDACIÓN TRIBUNAL AÑO 2018			
ACREENCIA LABORAL	BASE SALARIAL	DÍAS TENIDOS EN CUENTA	MONTO LIQUIDADO
Auxilio de transporte	\$ 88.211		
Vacaciones	\$ 1.200.000	198	\$ 330.000
Cesantías	\$ 1.200.000	198	\$ 708.516
Intereses Cesantías	\$ 1.200.000	198	\$ 46.762
Prima de servicios	\$ 1.200.000	19	\$ 67.989
TOTAL LIQUIDACIÓN			\$ 1.153.267
TOTAL LIQUIDACIÓN AÑOS 2017 Y 2018			\$ 1.628.232



Así las cosas, existe una diferencia a favor de la actora en la suma de \$63.150, por lo que se por lo que se le condenará a la pasiva al pago de reliquidación de acreencias laborales por el monto enunciado.

De la sanción por despido sin justa causa:

Alega la demandada que el *a-quo* motivo la concesión de esta pretensión con el argumento que no se había comunicado el preaviso, cuando este no procede para contratos de obra o labor contratada, sumado a que no existe prueba que conduzca a determinarse que la obra para la cual estaba destinado el demandante finalizara el 30 de julio de 2018, sino el 19 de julio del mismo año, como así quedó acreditado en la carta de terminación del contrato de trabajo, máxime si se declaró confeso al demandante en la audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S.

Del tópico atinente al preaviso, en efecto la apreciación del fallador no la comparte esta Colegiatura, en tanto para los contratos de obra o labor contratada el legislador no reguló un preaviso, ya que esta figura como lo dispone el artículo 46 del C.S.T., opera únicamente para los contratos de término fijo, ya que en el de obra no se conoce cuándo acabará la labor, lo que hace imposible una fecha cierta para cualquier notificación.

A pesar de lo anterior, según se colige del contrato de trabajo (Fl. 30), al señor *Darío Angulo Sócrates* se le vinculó para desempeñar el cargo de Oficial de la Fase de sedimentación – Proyecto Puente 7 Viaducto de Pipiral.

En tal sentido, la Sala le asigna plena credibilidad al testimonio surtido por el señor *Alberto Castro Cabrera*, ya que, por ostentar el cargo de Director de Proyectos, conocía con precisión técnica la manera en que se desarrollaban las fases del proyecto de Puente 7 Viaducto Pipiral, máxime si explicó en qué consistían cada una, según se desprende de los relatos esbozados anteriormente.



Por ende, fue enfático en exponer que por lo menos en la fase donde el demandante desempeñó su labor, esto es la de cimentación, culminó el 30 de julio de 2018. Este puntual aspecto, resulta de talante para que la Sala concluya que en efecto la obra de cimentación que venía realizando el demandante finalizó el 30 de julio de 2018, y no el 19 del mismo mes y año, como así lo quiso hacer ver la demandada; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia se confirmará en este puntual aspecto.

Se deja asentado, además, que si bien se presumió como cierto el hecho tercero de la demanda, la misma no es óbice para que sea desvirtuada por la prueba testimonial ya referida, que acredita con claridad la calenda en que culminó la fase en que se desempeñó el actor.

De la condena por concepto de salarios:

Insiste el apelante en que al declararse confeso el demandante, el pago por los cuatro (4) días de salario que reconoció el Juez primigenio resulta improcedente.

Los hechos que se tuvieron como susceptibles de prueba de confesión para el actor en los términos del artículo 77 del C.P.T y de la S.S., fueron del primero al sexto, que confrontados en nada relatan aspecto alguno de pago de salarios, de ahí que resulte impróspera su alzada por esta pretensión.

De la indemnización moratoria y la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo:

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria y de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías, no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005;



SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

Frente a la primera de ellas, nótese que la relación laboral finalizó el 19 de julio de 2018 como se acredita con la carta de terminación (Fl. 7), y fue durante el transcurrir del trámite que la demandada allegó constancia del pago de la liquidación de prestaciones sociales, más exactamente el día 24 de septiembre de 2018 según da fe la constancia de pago (Fl. 36), lo que avista que el pago se realizó con un interregno de más de dos (2) meses de mora, situación que no puede atender la Sala como de buena fe, más aún si no obra prueba que así lo demuestre.

Ahora bien, frente a la ineficacia de lo establecido en la cláusula Tercera – Parágrafo Cuarto, en la cual se consignó que *“En el evento de terminarse el contrato de trabajo por cualquier causa, la compañía contará con un plazo de treinta (30) días calendario a partir de la finalización del mismo para el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales”*, lo cual contraría lo estipulado en el ordenamiento jurídico laboral, sumado a que lo argüido en el interrogatorio de parte practicado a la Representante Legal de la demandada, bajo el entendido que la liquidación no se pagó en tiempo porque eran más de quinientos (500) empleados a los que se le debía cancelar nómina y por ello la del actor no se pagó en tiempo, no es dable estimar la existencia de buena fe en la omisión del pago.



Este mismo argumento se entiende para la prosperidad de la sanción por la no consignación de las cesantías del año 2017, como quiera que tan solo se pagaron con la liquidación que se realizó el 24 de septiembre de 2018, adicional a que la Representante Legal adujo que no se había pagado en su momento como consecuencia de un error con la persona que manejaba la nómina, actuare todos que no resultan de asidero para la absolución, como tampoco el hecho de la presunción de veracidad de los hechos de la contestación de la demanda, pues se insiste, que ello no es óbice para fulminar condena por estas pretensiones, en los términos dispuestos por el fallador de instancia.

Por último, la parte demandante alegó en su recurso que de prosperar la reliquidación de prestaciones sociales, se debía mantener la indemnización moratoria en forma indefinida, y no establecerla hasta el momento en que la demandada canceló la liquidación de prestaciones sociales que lo fue el 24 de septiembre de 2018.

Si bien, en esta instancia se consideró que era procedente el pago de reliquidación de prestaciones sociales, tan solo estos rubros ascendieron a la suma de \$63.150, por lo que considera la Sala que por dicho valor no hay lugar a que la moratoria se extienda más allá del 24 de septiembre de 2018, como quiera que de una parte, es un valor que no impacta de manera significativa los intereses del señor *Darío Angulo Sócrates*, y de otra, las acreencias laborales se pagaron casi en su totalidad, por lo que la decisión de primer grado se mantendrá incólume en este aspecto.

Como corolario de lo anterior se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

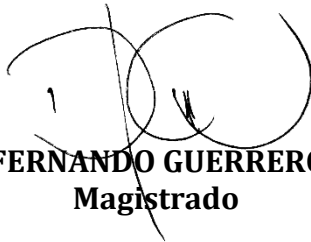
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada *Ingeniería e Inversiones MPF S.A.S*, a pagar al demandante por concepto de reliquidación de acreencias laborales, la suma de \$63.150, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 31 2018 00537 02
Demandante: JOSÉ MAURICIO GALVIS ZÚÑIGA
Demandado: G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto del 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Mauricio Galvis Zúñiga* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad *G4S Secure Solutions Colombia S.A.*, a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 26 de agosto del 2002 al 24 de septiembre del 2015.

Asimismo, peticiona que, dados los hechos de la demanda, se declare la nulidad del documento denominado "*Acta de Acuerdo en la terminación del contrato de trabajo y efectos transaccionales*", por encontrarse viciado el consentimiento del demandante al ser obligado, presionado y constreñido a escoger una opción y en especial a suscribir el precitado documento.

En consecuencia de lo anterior se declare que el contrato de trabajo terminó por hechos imputables a la demandada el 24 de septiembre del 2015, y en consecuencia se condene a la pasiva a reliquidar las prestaciones sociales y la compensación de vacaciones, al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la devolución del mayor valor descontado por concepto del embargo ejecutivo de \$1.477.214, la devolución del mayor valor descontado por



concepto de préstamo de vivienda de \$8.189.093, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que ingresó a laborar para la demandada el 26 de agosto del 2002 mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual se ejecutó hasta el 24 de septiembre del 2015, data en la cual la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo por despido indirecto y sin justa causa; que durante la vigencia del mismo desempeñó varios cargos, siendo el último el de Director Regional de Gestión Humana, devengando un salario de \$5.052.920, más \$1.000.000 por concepto de bonificación, suma de dinero pagadera desde octubre del 2013 al 24 de septiembre del 2015, fecha en que se dio su despido indirecto.

Refiere que el 24 de septiembre del 2015 por presión de la pasiva suscribió el acta de acuerdo de terminación del contrato de trabajo y efectos transaccionales, presión que inició en septiembre del 2015 cuando *Elive Riveros*, Gerente de Recursos Humanos, a través de un video y teleconferencia con todos los Directores de Gestión Humana del país, manifestó que se estaba haciendo una reestructuración, en la cual nombró a la señora *Johana Melgarejo* como Directora Regional de Gestión Humana a partir del 1° de septiembre del 2015, cargo que venía desarrollando el demandante, día en que debió entregar la oficina sin que le fueran entregadas nuevas funciones.

El 24 de septiembre del 2015 fue citado por la señora *Johana Melgarejo* quien le informó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, presentándole dos opciones, la primera consistente en terminar el contrato de mutuo acuerdo recibiendo una suma indemnizatoria de \$45.728.900 y la segunda con la liquidación del contrato percibiendo una suma de \$8.000.000. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que en todo caso sería despedido, se vio coaccionado y constreñido a escoger la primera opción, precisando que ese mismo día le fue consignado el monto de la indemnización pactada.

Afirma que el 26 de abril del 2017 envió un derecho de petición solicitando la reliquidación por reconocimiento salarial y prestacional del concepto



denominado “*bonificación*” y solicitó copia de los comprobantes de pago; el 19 de mayo del 2019 la pasiva dio respuesta a la demandante negando la referida reliquidación y haciendo entrega de los documentos solicitados.

Asimismo, afirma que previamente presentó una demanda con el fin de obtener las sumas de dinero adeudadas por concepto de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto y la sanción moratoria, proceso que fue asignado al Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá con Radicado No. 776-2017, el que finalizó luego de ser declarada probada la excepción de cosa juzgada con fundamento en el Acta Transaccional, anotando que los demás hechos de la demanda no han sido objeto de debate.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *G4S Secure Solutions Colombia S.A* en su escrito de contestación aceptó la existencia del vínculo laboral, oponiéndose al resto de pretensiones, aduciendo que la relación laboral finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, en virtud del “*acta de acuerdo en la terminación del contrato de trabajo y efectos transaccionales*” suscrito por las partes de manera libre, espontánea, consiente y voluntaria.

Propuso como excepciones previas las que denominó cosa juzgada y prescripción. Asimismo, formuló como excepciones de mérito igualmente la cosa juzgada, junto con las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, mala fe del demandante, pago, compensación, prescripción, buena fe, improcedencia de la indemnización por despido injusto, improcedencia de la sanción moratoria y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 28 de agosto del 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, por el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 2002 y el 24 de septiembre del 2015; condenó en costas y agencias en derecho al demandante y absolvió de la totalidad de las pretensiones a la pasiva.



Como sustento de su decisión sostuvo que no existe debate en lo tocante a la relación laboral y sus extremos temporales del 26 de agosto del año 2002 al 24 de septiembre del año 2015.

En lo relativo a la validez jurídica del acta de acuerdo en la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, señala que de conformidad el artículo 15 del C.S.T y el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, por lo cual le incumbía al demandante acreditar que el consentimiento que emitió en el documento se encontraba viciado; sin embargo, la parte demandada en su interrogatorio de manera alguna confiesa coacción, por el contrario se evidencia que se le brindaron opciones y el actor escogió a conveniencia la más favorable, conforme se indicaba en la demanda, luego es claro que fue el demandante quien libremente escogió la opción que tenía, analizó y revisó las mismas.

De otra parte refiere que, del dicho de los testigos ninguno de ellos indica de manera alguna que el demandante haya sido obligado a firmar el documento de transacción. Además, que no se avizora que se trate de derechos ciertos e irrenunciables.

Frente a los descuentos aduce que el préstamo Davivienda por \$8.382.093 y el embargo ejecutivo por \$2.700.000, se realizaron de la liquidación final, esto es, una vez se terminó el contrato de trabajo, por lo cual no operaba la prohibición del artículo 149 del C.S.T, sumado a lo anterior los descuentos se encontraban autorizados.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica respecto a la validez jurídica del acta transaccional, que para que sea válida se deben hacer mutuas concesiones y no existir vicios del consentimiento, no obstante, el demandante a la fecha de la suscripción se sintió constreñido, obligado y presionado a escoger una de las dos opciones, viéndose obligado a firmar el mismo.



Que en el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, confesó que efectivamente al demandante se le plantearon dos opciones y a conveniencia el actor escogió la más favorable, hecho que también relata el demandante en su interrogatorio de parte, luego el hecho de que el demandante haya escogido una opción, no implica desconocer que su consentimiento fue viciado para la firma del precitado documento.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el contenido del acta transaccional fue elaborado por la empleadora sin que medie intervención del demandante, evidenciándose una fuerza psicológica para que el demandante de forma inmediata tomara una decisión.

Además, se debe tener en cuenta que en una reunión previa se designó a otra persona en su cargo, por lo que no tenía funciones, se le cambió de cubículo, fue aislado durante un espacio de 20 días y posteriormente se le pone de presente que debe elegir una opción para terminar el contrato de trabajo.

Refiere de igual manera que se vio impelido a renunciar a un derecho irrenunciable, como es la incidencia de la bonificación que tiene carácter salarial, máxime que el señor *Carlos Arturo Acosta* manifestó que dicha bonificación fue autorizada por el señor *Mauricio Rico*.

Respecto a los descuentos no permitidos, que no existía una autorización para que operaran en la liquidación definitiva del contrato de trabajo; finalmente, que las agencias en derecho se condenaron en un monto que estima excesivo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el acta transaccional suscrita por las partes presenta vicios en el consentimiento; de igual manera si a la empleadora no le era dable verificar los descuentos, y si las agencias en derecho fueron tasadas de manera excesiva.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre las partes existió un vínculo laboral, regido por un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió entre el 26 de agosto de 2002 y el 24 de septiembre del 2015, puesto que así lo aceptó la pasiva en su escrito de contestación de la demanda, lo declaró la falladora de primera instancia y no fue objeto de debate en la alzada.

d. De la terminación del contrato por mutuo acuerdo:

Se constata en el *sub-lite* que la relación laboral existente entre las partes feneció por mutuo acuerdo con fundamento en el documento denominado “Acta de Acuerdo en la Terminación del Contrato de Trabajo y Efectos Transaccionales”, en el cual se dispuso:

[...] 2. Las partes, en pleno uso de sus facultades de manera libre y espontánea por mutuo acuerdo han decidido dar por terminado el contrato de trabajo que los unió [...]

“3. Por otra parte, de manera independiente y autónoma, EL EMPLEADOR ha establecido conceder una bonificación por los servicios prestados por EL TRABAJADOR por valor de \$45.487.181,00 m/cte. suma esta que no es constitutiva de salario ni factor prestacional para ningún efecto legal en los términos de las normas vigentes.

“4. Las partes acuerdan que el pago de la bonificación por los servicios prestados, así como, las demás prestaciones y acreencias laborales tiene el propósito de TRANSAR de forma definitiva cualquier diferencia al respecto así como cualquier eventual reclamación relacionada con el pago de indemnizaciones por terminación del contrato, indexaciones, sanciones y perjuicios, y en general cualquier clase de acreencias laborales que pudieran derivarse del contrato de trabajo que vinculó a las partes o cualquier suma o emolumento susceptible de transar o conciliar, así como eventuales reclamaciones sobre continuidad, coexistencia y/o concurrencia de contratos, como eventuales reclamaciones derivadas de los beneficios legales, extralegales y/o convencionales, reclamaciones relacionadas con derechos indemnizaciones y/o bonificaciones por retiro [...]”.



Ahora bien, alega el promotor en el presente juicio que la suscripción del mentado documento presenta un vicio en el consentimiento en tanto aduce que fue obligado a su suscripción, por cuanto fue víctima de una fuerza psicológica en virtud de la cual se vio constreñido a su firma.

Ante tal afirmación, debe recordar la Sala que en materia laboral el Acta Transaccional goza de plena validez acorde lo reglado en el artículo 15 del C.S.T, siempre que esta no se surta frente a derechos ciertos e indiscutibles.

Siendo del caso precisar que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en múltiples pronunciamientos efectuados en torno a la transacción en materia laboral, concebida en efecto como un acto mediante el cual ambos contratantes realizan mutuas concesiones que les permite llegar a un acuerdo, ha destacado que dichas concesiones no pueden recaer frente a derechos ciertos e indiscutibles, entendiéndose los primeros como aquellos que por mandato legal le corresponden al trabajador y no existe debate alguno en cuanto a su causación, mientras los segundos se predicen respecto de aquellos en que no existe controversia alguna en torno a su exigibilidad.

Sobre el particular esa H. Corporación, en el proveído AL7872 del 2016, puntualizó:

“De otro lado, esta Sala tiene establecido que las concesiones hechas por el trabajador en un negocio transaccional, no pueden abarcar derechos ciertos e indiscutibles, así en providencia CSJ AL3525-2016 se estimó:

*“La transacción es definida por el artículo 2469 del Código Civil, como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual». Ahora bien, es importante advertir que la transacción celebrada en tratándose de iguales, como sería la concertada entre quienes detentan un vínculo regulado por el derecho civil, es notoriamente diferente a la celebrada por un trabajador y su empleador (artículos 15 del C.S.T. y 53 de la C.N), en razón a que estos últimos conviven en una relación donde la balanza de poder se inclina más hacia quien ostenta los medios de producción. En efecto, en el negocio transaccional, el trabajador está disponiendo del capital necesario para llevar una existencia decorosa, **por lo que las concesiones hechas por este, no pueden abarcar derechos ciertos e indiscutibles**, concebir lo contrario sería desconocer la finalidad misma de las normas del trabajo, esto es, lograr justicia entre las relaciones que surjan entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.*



“De lo expuesto, resulta necesario entender cuándo estamos frente a un derecho cierto e indiscutible. Esta sala, en providencia CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332, estimó:

*“[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, **un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación** y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales”. (Negritas fuera de texto)*

Asimismo, en lo tocante a los vicios del consentimiento encontramos que el artículo 1508 del Código Civil prevé como vicios del consentimiento el error, a fuerza y el dolo. Ahora, en lo que respecta a la fuerza el artículo 1513 del mismo estatuto refiere:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor de reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”

De cara a lo indicado procedió la Sala a realizar un análisis del material probatorio arrimado al proceso, con el fin de socavar en la concurrencia o no del vicio del consentimiento alegado por el promotor a lo largo del presente juicio.

Sobre este tópico, se tiene que en el curso de los interrogatorios de parte la convocada a juicio admite que como suma transaccional se le reconoció al demandante el valor de \$45.871.181 y que el documento fue elaborado con la empresa, aclarando que el demandante ya conocía al mismo pues el actor estaba adscrito al área de gestión humana y había gestionado la firma de varios acuerdos. Igualmente admite que en el año 2015 la empresa realizó una reorganización al



área de gestión humana de la entidad en donde la señora *Johana Melgarejo* ocuparía su cargo.

A su turno, el demandante en su interrogatorio de parte acepta que tenía un amplio conocimiento de los procesos de nómina de la compañía; que la empresa le informó que era posible continuar con el contrato de trabajo luego de la reorganización y que le fueron puestas de presente las dos liquidaciones el día 22 de septiembre del 2015, una por un mayor valor que la otra, además que no generó ningún tipo de manifestación con respecto a la firma del acta, pues se la pusieron de presente a las 5:00 p.m y lo único que quería era salir, pues sentía que estaba siendo maltratado bajo ese escenario, pues llevaba 20 días sin ejecutar una función específica y que ese mismo día autorizó el descuento del embargo y de una deuda, por cuanto se lo pusieron de presente y no conocía si le sería factible solucionar esas obligaciones.

Se evacuó el testimonio de la señora *Gloria Janeth Martín Jiménez*, quien aduce era su jefe cuando trabajó hasta septiembre del 2015 y que tiene entendido que fue retirado de la empresa por decisión de la compañía, pues eso fue lo que él le manifestó, sin que haya presenciado la suscripción del acta; que el actor era el encargado de todos los procesos de selección y contratación, pero el último mes cambiaron sus funciones por cuanto no estaba en el área de Gestión Humana sino en el área Operativa, siendo designada en el anterior cargo la señora *Johana Melgarejo*.

El testigo *Carlos Arturo Acosta Niño*, Director de Salarios de la demandada, manifiesta conocer que el contrato finalizó por mutuo acuerdo, toda vez que le pidieron que realizara la respectiva liquidación, para lo cual se generaron días antes los borradores, a fin de ponérselos de presente al demandante, frente a lo cual la única manifestación realizada por el demandante fue respecto de un embargo que solicitó se le descontara; por otra parte, puntualiza que la bonificación percibida por el demandante era reportada por él mismo, por ser del área de Gestión Humana, además que dicha bonificación era autorizada por el jefe inmediato del demandante, señor *Mauricio Rico*.

A su turno *Mauricio Rico*, jefe del promotor de la litis, refirió en su testimonio que el actor era el Director de Recursos Humanos de Bogotá, por lo que manejaba todo



el personal hasta que la empresa realizó una reestructuración en virtud de la cual toda el área de Gestión Humana pasó a quedar en cabeza de una sola persona y la empresa decidió prescindir de sus servicios, sin conocer si fue por mutuo acuerdo; que el mismo actor era quien establecía las bonificaciones y se le autorizó el pago de una por el sentido de pertenencia con la empresa, además que días antes de su salida por motivos de la reestructuración, laboró en el segundo piso y el demandante jamás le indicó que tuviera una afectación psicológica derivada de dicho cambio.

De lo hasta aquí expuesto se colige que el demandante se desempeñó en la empresa como Director de Gestión Humana de la Regional Bogotá hasta la data de finalización de la relación laboral. No obstante, se patente que dada una reorganización que se dio en la empresa, se tomó la determinación que el área de Gestión Humana pasara a quedar en cabeza de una sola persona, razón por la cual la empresa decidió que debía finalizar el contrato de trabajo del demandante, para lo cual se le pusieron de presente al libelista dos ofertas, aceptando este la terminación del vínculo de trabajo por mutuo acuerdo, recibiendo a cambio una suma transaccional de \$45.487.181. Debe acotarse, además que en manera alguna se acredita que la transacción se vea afectada de nulidad por no haberse establecido concesiones mutuas, pues, a contrario sensu, la aportada al plenario cumple a cabalidad los requisitos de ley, pues de mutuo acuerdo decidieron dar por terminado el contrato de trabajo, así como el pago de una bonificación a título de suma transaccional, con el fin de precaver cualquier controversia jurídica futura, relacionada con el pago de indemnizaciones por terminación del contrato, indexaciones, sanciones y perjuicios, y en general cualquier clase de acreencias laborales que pudieran derivarse del contrato de trabajo susceptibles de transar o conciliar, conforme se puede leer en el acta transaccional, cuyo aparte pertinente fue citado en líneas precedentes, lo que además implica la existencia de concesiones mutuas en tanto para el finiquito del contrato se solucionó una suma de dinero a cargo del empleador.

Ahora bien, en torno a la validez de la mentada acta debe indicar la Sala que no existe en el plenario una sola prueba que corrobore que la suscripción de la misma se dio con ocasión de un vicio en el consentimiento, generado por la fuerza psicológica que alude la parte promotora del juicio. Ello es así por cuanto, tal como se indicó en precedencia, conforme lo dispone el artículo 1508 del C.C, la



fuerza a la que alude el legislador es aquella que dada su naturaleza sea tan fuerte que termine conminando a la persona a tomar la decisión atendiendo a su edad, condición y sexo. Situación que no se puede predicar en autos, pues el demandante era una persona letrada, plenamente conocedora de las alternativas que tenía a su favor, pues durante varios años desarrolló el cargo de Director de Gestión Humana, luego en virtud de la naturaleza de su cargo es claro que conocía las formas de terminación del contrato de trabajo, así como las consecuencias de cada una de estas, pues de hecho confesó que conocía ampliamente los procesos de nómina de la compañía.

Ahora, a lo largo del proceso, en su interrogatorio de parte y en el recurso de apelación, la parte que convoca la presente litis, insiste en que dicha fuerza psicológica se dio en tanto luego de la reunión en la cual se le informó sobre la reorganización de la empresa y que las funciones de la dirección de Gestión Humana a nivel Nacional quedarían en cabeza de la señora *Johana Melgarejo* fue cambiado de puesto de trabajo y duró 20 días sin realizar función alguna. No obstante, por un lado, dicha afirmación no fue del todo acreditada en el plenario, pues si bien es cierto con los testimonios y el interrogatorio de la pasiva, quedó acreditada la reorganización efectuada por la compañía, no así que durante 20 días el actor no tuviera ninguna función a su cargo, pues si bien ambos testigos refieren que fue transferido de su puesto de trabajo y paso al segundo piso, ninguno de los mismos corroboró que durante dicho interregno de tiempo el promotor no desarrollara labor alguna.

Aunado a lo anterior, aun cuanto en gracia de discusión diéramos por acreditado que el actor no desarrolló labor alguna durante el interregno de tiempo aducido por esta, tal circunstancia por sí misma no tiene *per se* la contundencia suficiente para generar una afectación psicológica al demandante de tal envergadura que afectara su juicio, al punto de hacerle pasar por alto el evidente conocimiento que tenía respecto a las formas de terminación del vínculo laboral y sus efectos, en especial suscripción de un acta transaccional por mutuo acuerdo, como para dar por sentado que en efecto su consentimiento se vio viciado por fuerza, como se alega en autos.

Por otro lado, debe indicarse que la referida fuerza, tampoco se puede evidenciar por el hecho de que la demandada hubiera sido la encargada de elaborar el acta



transaccional o porque esa misma data le hubieran puesto de presente al promotor el embargo que existía en su contra, máxime cuando el demandante refiere que no presentó objeción alguna frente al documento, pues firmo dado que todo lo que quería era irse de la compañía, además que autorizó se realizara el descuento del embargo, en tanto, el mismo era consciente que luego de la terminación del vínculo no sabría si podría cumplir con dicha obligación, según confiesa en el interrogatorio de parte.

Afirmaciones que lejos de sustentar la tesis de la parte actora, nos llevan a entrever que el demandante era consciente de la decisión adoptada y tuvo la oportunidad de realizar todas las elucubraciones del caso, en aras de tomar una decisión informada, voluntaria y libre de cualquier apremio.

También resulta oportuno precisar la Sala en lo referente la aseveración que el acuerdo transaccional implicó desconocer la bonificación, la cual es un derecho irrenunciable, se debe acotar que en el supuesto fáctico de la demanda se adujo que el vicio del consentimiento de traducía en la fuerza o coacción, aunado a ello que no existía acuerdo entre las partes que dicho emolumento ostentara carácter salarial, por lo cual era dable verificar la transacción en los términos acordados.

Por lo hasta aquí anotado, diáfano resulta colegir que la pretensión encaminada a obtener la nulidad del acta transaccional que hoy nos convoca, carece de una absoluta vocación de prosperidad, como de forma acertada se precisión en primera instancia.

e. De los descuentos

Frente a este punto, existe una prohibición legal clara en el artículo 149 del C.S.T, conforme al cual se encuentra prohibido para el empleador realizar cualquier tipo de descuento al trabajador de su salario, sin que medie una autorización expresa del trabajador para cada caso o que exista un mandato judicial.

Pese lo anterior, a la terminación del contrato de trabajo, tal autorización de descuento no se requiere cuanto el contrato de trabajo ha finalizado, pues a partir de ese momento el empleador puede compensar de la liquidación final, las deudas



que hayan sido contraídas por el trabajador, como de tiempo atrás lo explicó el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 20 de junio de 1986, así:

“La prohibición establecida en los referidos artículos del C.S.T se ha entendido por la jurisprudencia contante desde el Tribunal Supremo del Trabajo que rige durante la existencia de la vinculación laboral, pero una vez terminada esa le es permitido al patrono al haber la liquidación de salarios y prestaciones sociales correspondientes al trabajador, compensar las deudas laborales que haya contraído el trabajador con el patrono”.

Criterio jurisprudencial que ha permanecido vigente, tal como se puede constatar en la sentencia SL 8095 de 2014 con Radicación No. 44723, en la que se explica:

*“En reciente decisión del 6 de agosto de 2013, SL 712 – 2013, rad. 41.484, esta Corte recordó lo adoctrinado en sentencia del 3 de julio de 2008, radicación 32.061, **en cuanto a que la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede aún sin autorización escrita del trabajador, ya que la obligación de la empleadora de solicitar autorización judicial para la deducción de la cifra que supere el límite legal de tres salarios mensuales, es un requisito que consagra el artículo 149 del C. S. del T. para el caso de deudas contraídas en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo. Con ello la Ley busca garantizar que no se afecte el salario o ingreso del trabajador que pretenda endeudarse con su empleador. Lo mismo sucede con la vocación tuitiva que se desprende de lo regulado por el artículo 59 numeral 1° ibídem que va hasta el momento de la ruptura del vínculo laboral. Sobre el tema también se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003 radicado 21057, reiterado en decisiones del 12 de noviembre de 2004, 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, radicación 20857, 27278 y 27425 respectivamente.**” (Negritas fuera de texto)*

De cara a lo indicado, se tiene que los descuentos respecto a los cuales discrepa el hoy libelista son los realizados frente a la liquidación final de prestaciones sociales por concepto de un embargo ejecutivo en cuantía de \$2.700.000 y un préstamo de Davivienda en cuantía de \$8.382.093 (Fl 67).

Así pues, lo primero que advierte la Sala es que conforme lo dispuesto en el artículo 149 del C.S.T, el empleador no requiere autorización de descuento cuando este deviene de un mandato judicial, luego al obrar en el plenario plena prueba de la orden de embargo emitida por el Juzgado Cincuenta y Ocho Civil Municipal en la cuantía de \$2.700.000 (Fl 170), claro resulta que la pasiva actuó acorde a derecho al efectuar tal retención, a más que en todo caso el demandante si



suscribió una autorización de descuento respecto de dicho monto por el embargo y esta reposa a folio 171.

De otra parte, en lo que respecta al descuento de Davivienda, basta indicar que el mismo encuentra pleno soporte en la autorización de libranza de folio 166, en la que el actor autoriza que se realice el descuento y la misiva de Davivienda de folio 167, mediante la cual la entidad financiera allega a la pasiva la referida autorización.

En tal sentir, esta plenamente acreditado que los descuentos efectuados al demandante de la liquidación final de prestaciones sociales se encuentran claramente ajustados a derecho y, por lo tanto, no hay lugar a su reintegro, ni mucho menos a desmeritar la validez del acuerdo transaccional con fundamento en los mismos, como se solicita en el recurso de alzada.

f. De las Agencias en Derecho

Finalmente, en lo relacionado a la inconformidad que fuere planteada en la alzada, atinente a que el valor de las costas impuestas en primera instancia son excesivas, basta indicar que no esta la oportunidad legal pertinente para analizar dicho aspecto, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P, aplicables a los juicios laborales, por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03 2018 00601 01
Demandante: VILMA JUDITH GUZMÁN PARADA
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho MICHAEL CORTAZAR CAMELO identificado con C.C No 1.032.435.292 y T.P No 289.256.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Porvenir S.A. y Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Vilma Judith Guzmán Parada*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, la *AFP Porvenir S.A.* y la *AFP Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó en las AFP referidas.



Asimismo, que se le ordene a *Colfondos S.A.*, aceptar la nulidad de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que proceda con el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, enviando el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con el reembolso de forma integral de los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales, así como que se le ordene a *Colpensiones* aceptarla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que prestó sus servicios en el Municipio de Facatativá, vinculada legalmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 26 de mayo de 1995, cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la *AFP Porvenir S.A.*

Que los asesores de la AFP la indujeron de manera equivocada a vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, indicándole que al trasladarse no perdería los beneficios pensionales que adquiriría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin comunicarle los riesgos que podía tener a trasladarse de régimen

Que no se le realizó una simulación pensional para determinar cuál de los regímenes le resultaba más favorable, aunado a que resulta ser un acto que transgredió su pleno consentimiento y libre determinación; finalmente que en la actualidad se encuentra afiliada *Colfondos S.A.*

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones adujo no constarle sobre la nulidad de la afiliación que efectuó la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso en cuanto a los vicios del consentimiento que se alega.



Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaratoria de otras excepciones.

Colfondos S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la afiliación que efectuó la demandante ante sus dependencias, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, por cuanto la hizo de manera libre y voluntaria, en uso de las facultades legales y en ejercicio de la libertad de afiliación establecido en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, al igual que resolvió afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y someterse a todas las características y exigencias.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y la denominada nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Finalmente, *Porvenir S.A* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre, voluntaria y espontánea, por lo que no se producen vicios del consentimiento ni prohibición legal para perfeccionar el acto de afiliación.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Porvenir S.A* que realizara el 26 de mayo de 1995, así como las realizadas posteriormente de manera horizontal.

Igualmente condenó a *Colfondos S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haberse redimido, junto con todos los rendimientos financieros e intereses causados, a su vez ordenó a *Colpensiones*, aceptar el traslado de los dineros que efectúe *Colfondos S.A*, para que proceda a activar la afiliación de la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales lo procedente es que el asunto debe analizarse en el escenario de la ineficacia del traslado.

Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la *AFP Porvenir S.A.*, en razón a que de conformidad con lo establecido en el artículo 692 de 1994, artículo 11, inciso 4º, se estableció claramente que efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación a la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto, aspecto que no se llevó a cabo por cuanto el referido formulario no contenía ninguna firma por el empleador.

Dijo además, que en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP.

Por último, argumentó que, si bien la demandante tiene varios traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con diferentes administradoras de fondos pensionales, ese actuar no extingue la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A apeló la decisión, argumentando que la demandante para el momento del traslado conocía las características tanto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, escogiendo el primero como su mejor opción, así como que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se basa en la solidaridad, por lo que de conceder el traslado, solo contribuye a la desfinanciación del mismo, máxime cuando el traslado desembocaría en el reconocimiento de un derecho pensional.

Solicitó no tener en su contra la falta de la documentación a la hora de prestar la asesoría, pues el deber de información solo nació a partir de la Ley 1748 de 2014, y esta no cuenta con efectos retroactivos, por lo que no se le pueden endilgar obligaciones a las administradoras de fondos pensionales que para la época no existían, máxime si se ha obrado con diligencia en lo que respecta a administrar los aportes de los afiliados.

Colpensiones finalmente aduce que la demandante al ser docente, goza de preparaciones académicas, de lo que resulta ilógico que al momento de la afiliación no tuviese conocimiento de las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen. Resaltó que, al ser trasladada, debería asumir un derecho pensional que en inicio no le correspondía.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe



comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben*



suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima



a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 26 de mayo de 1995, mismo que tuvo fecha de efectividad a partir del 1º de junio de 1995 según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* (Fl. 123), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportaron por pasiva pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración



en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



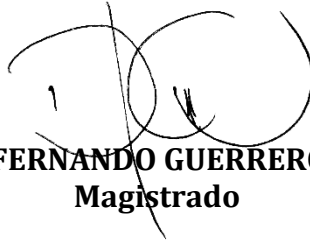
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 12 201800623 01
Demandante: ANDREA LEON D'ETTORRE
Demandado: EQUIRENT S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Andrea León D'ettorre*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Equirent S.A*, a efectos que se declare que entre las partes existió una relación laboral y como consecuencia de la misma la pasiva debe solucionar la suma de \$46.014.672 por concepto de comisiones de los meses de mayo a agosto de 2018.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 1° de julio del 2008 la demandante se vinculó en calidad de trabajadora de la demandada, percibiendo como remuneración salarial la suma de \$1.870.000; aduce que la prestación del servicio la ejecutó atendiendo las instrucciones del patrono y cumpliendo el horario establecido.

Agrega que el 29 de agosto del 2018 presentó renuncia al cargo que venía ejerciendo, por lo que el 5 de septiembre del 2018 la pasiva le solucionó por concepto de prestaciones sociales la suma de \$6.666.961, sin incorporar el valor de las comisiones por los negocios realizados por la demandante; que el salario más comisiones, le eran pagados a la demandante en las oficinas de la demandada.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación acepta la existencia del vínculo laboral, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que todos y cada uno de los negocios relacionados por la demandante, no cumplieron con los requisitos exigidos en la política de *Equirent S.A* (Plan de Incentivos Comerciales) para efectuar su correspondiente pago. Precisando que aprobó y liquidó las comisiones de los meses de mayo, junio y agosto de los negocios que cumplieron con todos y cada uno de los requisitos exigidos en la política de comisiones de la compañía.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las súplicas de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación en causación de comisiones y se abstuvo de imponer costas a las partes.

Como sustento de su decisión adujo que no pone en tela de discusión las condiciones contractuales en el cual se desarrolló la relación jurídica laboral del 1° de julio del año 2008 al 29 de agosto del año 2018.

En lo atinente a las comisiones, refiere que tienen connotación salarial bajo los preceptos del artículo 127 del C.S.T., las que deben reconocerse si son producto de ventas realizadas en vigencia del contrato de trabajo, independientemente que el recaudo a favor del empleador se cause con posterioridad, a menos que se haya pactado una situación diferente.

Refiere que, en el plan de incentivos del departamento comercial, se señala el porcentaje y la distribución para los ingresos efectivos, en la cual se establece además el condicionamiento del pago de las comisiones a la existencia de



contratos y desembolsos, luego el pacto de comisiones se refiere a un recaudo de gestión, lo cual se corrobora en los interrogatorios de parte, refiriendo que la condición se daba específicamente con un pago en contratos a largo plazo, específicamente, superior a un año.

Así las cosas, cada uno de los pagos de comisión, al ser contrastados con los extractos de nómina de junio, julio y agosto, se evidencia que se solucionaron en los valores que han sido acreditados y que de forma correspondiente también se relacionan en la relación de las facturas, por lo cual se cumplió con la política del plan de incentivos, de tal manera que las comisiones que son objeto de la litis no cumplen con los requerimientos sobre la base documental respectiva.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que indica que se verificó una confesión por pasiva, en el sentido que los contratos que generaron las comisiones se vienen ejecutando por la labor de gestión de la demandante, quien presentó la respectiva cuenta de cobro, cumpliendo a cabalidad con el plan de políticas de la empresa, más aún cuando no le resultan imputables las actividades de otras dependencias de la accionada.

Por otra parte, que no se acreditó que las políticas comerciales hayan sido establecidas y notificadas a la accionante, sin que se haya observado que las comisiones debían solucionarse por ministerio de la ley.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:



Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las comisiones peticionadas a través del libelo genitor.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 1° de julio del 2008 al 29 de agosto de 2018, devengando como último salario básico la suma de \$1.870.000. Por cuanto dichos supuestos de facto, fueron aceptados por la encartada en la contestación de la demanda, a más de encontrar soporte probatorio en las documentales de folios 124 a 126.

d. De las Comisiones:

Sabido es que las comisiones, están revestidos por mandato legal de una naturaleza salarial, acorde quedó contemplado en el artículo 127 del C.S.T.

Ahora bien, en lo que respecta a su causación y regulación, lo cierto es que el legislador a más de prever su naturaleza salarial no dispuso parámetro alguno en torno a dichas pautas, por manera que es del arbitrio de las partes contratantes establecer los requisitos para su causación, porcentajes y forma de remunerar, siempre que no se desconozca su naturaleza salarial.

Asimismo, debe resaltar la Sala que el legislador tampoco ha previsto en norma alguna que las previsiones antes aludidas, estén sujetan a algún formalismo o deban encontrarse vertidas en algún documento en particular, por manera que las partes gozan de total libertad probatoria en aras de acreditar lo pactado respecto de las mismas.

Sobre este particular son diversos los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en los que se ha referido que a efectos de establecer la procedencia o no del pago de las comisiones reclamadas, se debe estar a lo definido por las partes en lo tocante a su causación y pago. Verbigracia, en sentencia SL-3522 de 2018, indicó:



“En esa medida, en principio, habría lugar a confirmar la condena impuesta por el a quo en lo que al pago de tales diferencias concierne; sin embargo, la Sala observa que en el otrosí suscrito por las partes, cláusula segunda numeral 2.º, se definió que su liquidación se efectuaría «con base a las fechas de recaudo de cartera según lo pactado en la negociación con el cliente, lo que implica el pago real de comisiones por las ventas y recaudo», esto es, si el trabajador no lograba el pago de la factura en la fecha de cancelación acordada, la comisión del mes sería liquidada sobre el pago real de las ventas efectivamente recaudadas, lo que significa que si existía mora, no había lugar a su cancelación”.

En igual sentido, en sentencia SL-4345 del 2015, se puede leer:

“3) Le reprocha el censor al Tribunal en los yerros tercero y cuarto, que hubiera entendido que para efectos del pago de comisiones por recaudo masivo de cesantías, se exigía acreditar no sólo el recaudo efectivo sino que los respectivos clientes le hubieran sido asignados al ejecutivo de ventas, pues en esa medida desconoció eventos como el de las empresas nuevas.

“Al respecto se ha de precisar que el documento denominado «Portafolio de Remuneración Variable para la Fuerza Propia», obrante a folios 92 a 100, en el que se apoyó el Tribunal y que se acusa como erróneamente apreciado, prevé respecto de la remuneración variable por recaudo masivo de cesantías lo siguiente:

“1. Políticas de Pago.

- Se pagarán comisiones siempre y cuando haya recaudo efectivo.*
- Las personas que cambien de cargo, que dejen de pertenecer a la fuerza comercial o a aquellos de la fuerza propia con contrato laboral que se retiren de la compañía, recibirán comisiones y reliquidación de prestaciones, sobre los recaudos acreditados en un plazo máximo de cuatro meses, las cuales se liquidarán en el mes quinto después del retiro y se pagarán en el mes sexto después del cambio o retiro.*
- Se pagará comisión sobre el recaudo efectivo y acreditado que pertenezca al mercado objetivo establecido por la compañía, siempre y cuando se cumpla, con los requisitos establecidos.*
- Se pagará comisiones sobre los recaudos efectuados entre el 1º de enero y el 28 de febrero.*
- Se tendrán en cuenta para el cumplimiento de meta: las consignaciones de empresas asignadas, las consignaciones de empresas nuevas (que estén firmadas en la planilla o en el medio magnético), los traslados efectivos y los situados fiscales.*

“Ese documento de conformidad con la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1º de noviembre de 2001, forma parte integrante del contrato (fl. 7).

“Aclarado lo anterior se ha de advertir que el entendimiento dado por el Juzgador de segundo grado al texto referenciado, cuando estimó que para el pago de comisiones por el recaudo masivo de cesantías no sólo bastaba el recaudo efectivo, sino que se tratara de empresas asignadas al ejecutivo de



ventas, en criterio de la Sala resulta razonable y está exento de error manifiesto de hecho.”

En claro lo enunciado, dable resulta colegir que, si bien no existe debate en torno a la naturaleza salarial de las comisiones, lo cierto es que, para ordenar su reconocimiento y pago, resulta imperioso entrar a establecer los parámetros establecidos por las partes para su reconocimiento y pago.

e. Del caso en concreto

En el caso que hoy nos convoca, la demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de las comisiones que aduce dejó causadas con ocasión del alquiler de vehículos realizadas durante los meses de mayo a agosto de 2018, en cuantía igual a \$46.014.672. La pasiva al trabar la litis, se opuso a su reconocimiento aduciendo que las mismas no quedaron causadas, con arreglo a lo previsto en el Plan de Incentivos Comerciales.

En tal sentir, procedió al Sala a realizar un análisis de la totalidad de los medios probatorios arrimados al paginario, encontrando como primera medida una comunicación del 1° de mayo del 2010 (Fls 92 a 93), dirigida a la demandante en la que la empresa hoy demandada le explica a la promotora el Plan de Incentivos del Departamento Comercial, en la que de forma expresa se indica:

“El día 30 de cada mes se efectuará un corte y dentro del mes siguiente se pagará la comisión de acuerdo a las siguientes condiciones:

“Por cada uno de los activos debidamente entregados al cliente que cuenten con la documentación completa (acta de identificación, orden de compra, acta de entrega etc.), debidamente diligenciada y firmada por quien corresponda.

“Entrega previo informe director comercial Renting a la Dirección Contable y administrativa para efectos de su inclusión en nómina.

“El pago de las comisiones se realizará en la segunda quincena de cada mes.

“La contraloría avizorará el respectivo informe contra los desembolsos y contratos según la contabilidad”.

Implica lo aludido en líneas precedentes que, si bien en efecto la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de comisiones por venta, para que la causación y pago de las mismas quedara satisfecha no bastaba con realizar la venta o



negociación, sino que se requería que el activo fuera entregado al cliente y estuviera la documentación completa, debidamente diligenciada y firmada.

Así pues, sobra por establecer si las comisiones reclamadas por la demandante cumplen con el lleno de los referidos requisitos previamente fijados.

Sobre el particular tenemos que en el curso de los correspondientes interrogatorios de parte la demandante acepta que como Ejecutiva de Cuenta tenía la obligación de cumplir lo estipulado en el Plan de Incentivos, y que conforme al mismo, tenía la obligación de entregar los originales de los documentos del contrato, los contratos de arrendamiento y oferta mercantil con la respectiva aceptación, el otrosí y las actas de identificación, además debía entregar un reporte al Director Comercial, para firmar y autorizar.

A su turno, el representante legal de la convocada a juicio admitió que la demandante hizo parte de un negocio de la empresa de aquellos relacionados en la demanda, que gran parte de los vehículos se entregaron en algún momento, y otros están pendientes de la entrega, pero no conoce si existe utilidad, pues esta se conoce hasta el cierre del negocio, precisando que si bien la promotora pudo hacer parte de estos negocios el proceso de alquiler de vehículos puede durar 5 o 6 años al tener distintas etapas, tales como contactar al cliente, presentar ofertas, conversaciones, firmar contratos, entregar vehículos, el cobro de los cánones mensuales, por ende un ejecutivo de cuenta tiene que estar en todas las etapas del contrato, y para llegar a la conclusión del negocio la ejecutiva debía llegar por lo menos hasta el cobro del primer canon; asimismo acepta el contenido del reporte de comisiones por venta de folio 86, pero aclara que al mismo le hace falta la firma de la persona encargada de verificar que se haya realizado el primera pago, pues el formato lo hace el Ejecutivo de Cuenta pero debe pasar a aprobación.

De otra parte, como soporte de la causación de las comisiones reclamadas la demandante se encargó de aportar solicitudes de ordenación de varios vehículos realizadas por los clientes de la pasiva (Fls 21-25, 48, 63), copia de varios contratos de prestación de servicios (Fls 26-45), correos electrónicos soportes de negociaciones realizadas por la demandante (Fls 46-47, 53-62, 65-71, 73), algunos formatos de comprobantes de pago sin firma (Fls 49-52), órdenes de servicio, algunas de estas sin firma (Fls 64, 72, 74) e igualmente reposa un formato



en el que aparece la relación de las comisiones reclamadas por la demandante (Fls 86-89) pero ha de precisarse que la misma adolece de cualquier firma.

De lo enunciado en líneas precedentes, se evidencia que aun cuando la parte convocada a juicio no desconoce que la demandante en efecto hizo parte de las tratativas y del proceso de negociación, de los asuntos relacionados en el formato visible a folios 86 a 89, lo cierto es que no existe soporte probatorio alguno del cumplimiento de los requisitos necesarios para que se diera lugar al pago de las comisiones pactadas por las partes en los términos establecidos en el Plan de Incentivos, el que además reconoce la demandante conocer, aceptando las condiciones establecidas en este, acorde lo confesado en el interrogatorio de parte.

De esta forma si bien no desconoce la Sala la gestión que pudo haber realizado la demandante, lo cierto es que no acreditó que se dieran los presupuestos necesarios para causar el derecho al reconocimiento y pago de las comisiones reclamadas, en tanto no existe soporte alguno que acredite que se entregaron los activos a los clientes y que fue entregada a la empresa la documentación completa, tales como el acta de identificación, la orden de compra y el acta de entrega debidamente diligenciadas y firmadas, pues en el plenario apenas existen algunas órdenes de compra y algunas ni siquiera están firmadas.

Deviene lógico de lo hasta aquí expuesto que las pretensiones de la demandante carecen de vocación de prosperidad y, por ende, como lo determinó el fallador de primera instancia, es patente que la pasiva debe ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

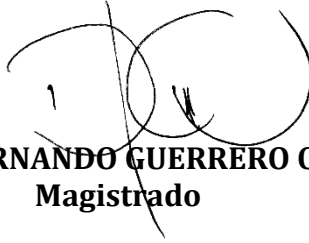


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de septiembre del 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 12 201800626 01
Demandante: MARÍA GLORIA ÁVILA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (31) de septiembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se aprecia que la profesional del derecho de *Colpensiones*, doctora *Johana Andrea Sandoval Hidalgo*, sustituyó poder a la abogada *María Elena Fierro García*, identificada con C.C. 1.024.463.217 y T.P. 291785 del C.S.J.; circunstancia por la cual, se le reconocerá personería en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre del 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que *Colpensiones* fue condenada, fungiendo La Nación como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Gloria Ávila*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* a efectos que se declare que el señor *Milcíades Ríos Santana* dejó causado el derecho a la



pensión de sobrevivientes y la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde la fecha del deceso del causante, acaecido el 29 de febrero del 2000.

En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con el respectivo retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el señor *Milcíades Ríos Santana* falleció el día 8 agosto del 2000, data para la cual era afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, habiendo cotizado más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994.

Afirma que para la fecha del deceso, el causante convivía con la demandante, por tanto luego de su fallecimiento presentó a nombre propio y de sus hijos menores el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el entonces Instituto de Seguros Sociales, pedimento que fue despachado desfavorablemente mediante Resolución No. 026342 del 2000, en la cual, si bien se reconoció la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la demandante, se estableció que no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, y por cuanto a la fecha los hijos de eran mayores de edad y no estaban cursando estudios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el causante no dejó consolidado el derecho a la pensión de vejez, pues una vez revisado el expediente se estableció que al momento del



fallecimiento no se encontraba cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensión y no cotizó ninguna semana durante el año anterior a su deceso.

Formuló las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de octubre del 2019, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante como compañera supérstite del afiliado, a partir del 10 de octubre del 2015, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por catorce (14) mensualidades pensionales al año; ordenó a *Colpensiones* pagar el retroactivo pensional con sus correspondientes reajustes, autorizando los correspondientes descuentos a salud; autorizó a *Colpensiones* a descontar el valor del retroactivo pensional adicionalmente la suma de \$5.098.321 correspondiente a la indemnización sustitutiva reconocida mediante la Resolución No 026342 del 23 de octubre del 2001; absolvió a *Colpensiones* de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones formuladas por la encartada, salvo la de prescripción que se declara probada parcialmente frente a las mesada pensionales anteriores al 10 de octubre del 2015 y condenó en costas a la pasiva.

Para arribar a esa conclusión, señaló que el derecho pensional debe ser analizado conforme lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, acorde al cual se tiene que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes dada la calidad de madre de los hijos del causante, máxime que *Colpensiones* le reconoció dicha calidad al concederle la indemnización sustitutiva.



En lo que respecta a los requisitos pensionales, aduce que al haber fallecido el causante el 8 de agosto del año 2000, le sería aplicable la Ley 100 de 1993, no obstante, atendiendo al principio de la condición más beneficiosa, sería dable estudiar el derecho pensional a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

De tal manera que de conformidad con lo indicado evidenció que el causante acredita 890 semanas cotizadas (Fl 11), de las cuales 700 fueron cotizadas con anterioridad a la vigencia de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, luego reúne la densidad exigidas en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudiará bajo el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto las resultas de la sentencia de primer grado fueron adversas a *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el



fallecimiento del afiliado *Milcíades Ríos Santana*. En caso afirmativo, se estudiarán en sede de consulta las condenas fulminadas en contra de la convocada a juicio.

c. De la causación de la pensión de sobrevivientes

En el presente asunto, no es objeto de discusión que el causante tenía la calidad de afiliado frente a la entidad accionada y no de pensionado.

Tampoco es materia de discusión que falleció el 8 de agosto del 2000 (CD Fl 50), según se acredita con el Registro Civil de Defunción y por lo tanto, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida sería la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento lo sería el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Conforme al precepto en cita, en su numeral 2°, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encuentre cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Según el historial laboral que se hizo reposar al proceso, el causante cotizó en total 890 semanas al extinto Instituto de Seguros Sociales del 29 de julio de 1977 al 31 de diciembre de 1994. Como la última cotización del causante se dio en diciembre de 1994 y falleció el 8 de agosto del 2000, es palmario que no era cotizante activo, sin que lograra acreditar las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al

¹ Sentencia 37646 del 16 de febrero de 2010 M.P. LUÍS JAVIER OSORIO LÓPEZ; 35390 del 1° de diciembre de 2009 M.P. CAMILO HUMBERTO TARQUINO y; 36135 del 10 de junio de 2009 M.P. LUÍS JAVIER OSORIO LÓPEZ; entre otras.



fallecimiento, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma antes citada.

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, tal como lo hizo el *a-quo*, la Sala estudiará el principio de la *condición más beneficiosa* contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T, en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar acoger la norma más favorable contenida en la regulación *inmediatamente* anterior a la que se deja de aplicar, en la medida que el legislador no previó un régimen de transición que protegiera las expectativas legítimas o los derechos adquiridos; es por ello que en este caso se debe remitir a lo previsto en los artículos 6º y 25 del Decreto 758 de 1990, a fin de verificar si en dicho régimen el asegurado había cumplido con los presupuestos previstos, lo que tiene lugar *“Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”*.

El primer precepto indica en su literal b) como requisitos *“Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*. Ahora, aunque el causante en los años anteriores al deceso sumó 22,86, se tiene que en toda su vida laboral alcanzó 890 semanas, acreditando el segundo de los presupuestos, es decir, *“...trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*.



Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido en lo relativo a las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que *deben estar satisfechas para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993*, es decir, antes del 1° de abril de 1994, tal como lo precisó, entre otras, en las sentencias SL 11564 de 2017 y SL-13447 de 2016.

En el presente caso, el actor antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 702,28 semanas (Fl 13), satisfaciendo con ello el presupuesto jurisprudencial antes expuesto, por lo que se concluye que dejó causada la pensión, y como consecuencia, en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia, sin que sea objeto de censura que la actora era beneficiaria de la prestación, pues incluso el Instituto de los Seguros Sociales la reconoció como tal al haberle otorgado la indemnización sustitutiva en la Resolución 2796 de 1999, misma que obra a folio 22.

De cara a lo enunciado, no existe duda en que la promotora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión a partir del 8 de agosto del 2000, como se definió en primera instancia.

d. Del valor de la mesada pensional y número de mesadas

Como quiera que se accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo el amparo del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, respecto de un afiliado fallecido en vigencia de esta última disposición, se tiene que la tasa de remplazo se debe establecer conforme con el artículo 48 de la norma vigente, como lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 1815



de 2018.

Así las cosas, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, no existe debate alguno en cuanto a que el monto de la primera mesada pensional será igual a un salario mínimo legal mensual vigente y dada la fecha de causación de la pensión por 14 mensualidades al año, como fue determinado en primera instancia.

e. De la devolución de la indemnización sustitutiva

Respecto al tema, la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, en forma pacífica y reiterada, ha precisado que existiendo el derecho pensional, el hecho que el asegurado le sea ofrecida la devolución de saldos (o de la indemnización sustitutiva) y la acepte, so pretexto de la inexistencia del derecho pensional, no impide su reconocimiento y orden de pago por vía judicial, pues ambos constituyen una prestación previsional, y en el evento de existir el derecho pensional, aquel pago de devolución solo constituye un pago provisional de dicha pensión, al respecto valga traer a colación las sentencias CSJ SL3186 de 2015, SL 6558 de 2017, CSJ SL1416-2019.

Dicha Alta Corporación, también ha sostenido que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no impide el disfrute de la pensión de sobrevivientes, dado que lo que procede es la devolución de lo pagado por tal concepto (SL6080-2016), por tanto, que *Colpensiones* no hubiera solicitado la devolución de dicho emolumento, no limitaba al Juzgador para que la ordene, pues se estarían reconociendo dos prestaciones que resultan incompatibles y en consecuencia, se tiene que en efecto resulta dable ordenar el descuento de la indemnización sustitutiva concedida a la actora mediante Resolución No 026342 del 23 de octubre del 2001, respecto del retroactivo adeudado a la libelista.



f. Prescripción

Conforme lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y la S.S, sabido es que en materia laboral y de seguridad social las acciones se encuentran sujetas a un término de trienal de prescripción, susceptible de interrumpirse por una única vez mediante la correspondiente reclamación.

En tal sentir dado que el derecho pensional alegado, quedó causado el 8 de agosto del 2000 y que la demandante promovió la correspondiente reclamación ante la pasiva el 12 de diciembre del 2000 (Fl 11), la cual fue definida mediante Resolución No 026342 de 2001 y en la medida en que la presente demanda fue radicada hasta el 10 de octubre del 2018 (Fl 26), diáfano resulta colegir que se encuentran prescritas las mesada pensionales causadas con antelación al 10 de octubre del 2015, como fue definido en primera instancia.

Corolario de lo expuesto, es patente que la pasiva debe responder por el retroactivo pensional causado desde el 10 de octubre del 2015, las cuales en efecto deben ser debidamente indexadas a la fecha de su pago, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda generada con el simple transcurso del tiempo.

De cara a lo enunciado en líneas precedente se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

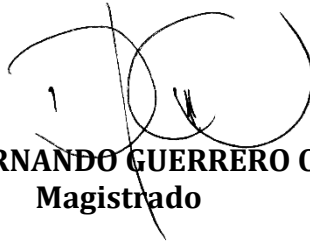
RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

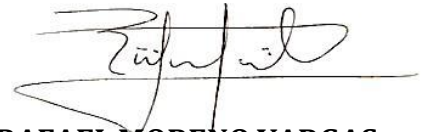
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 02 2018 00669 01
Demandante: LUZ AMPARO RODRÍGUEZ TEJADA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada por *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la Doctora *Karen Silvana Mendivelso Cuellar* identificada con C.C No 1.010.201.041 y T.P No 267.784.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Amparo Rodríguez Tejada* formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Porvenir S.A* y *Colpensiones*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad; por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos rendimientos, ordenándole a esta última recibirlos, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 8 de agosto de 1966, afiliándose al entonces *Instituto de Seguros Sociales* el 8 de febrero de 1989, en el que permaneció hasta el 31 de agosto de 1999, cotizando un total de 433 semanas; que el 12 de julio suscribió el formulario de traslado y afiliación a *Porvenir S.A*, fecha para la cual le faltaban 567 semanas para acceder a la pensión de vejez; que el formulario fue suscrito en su lugar de trabajo, cuando asesores de la AFP le indicaron que le resultaba más beneficioso, teniendo en cuenta además que el *Instituto de Seguros Sociales* sería liquidado, sin que se le haya brindado una asesoría veraz y oportuna.

Finalmente, que la proyección de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ascendería a \$781.242 mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a \$2.044.192

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señaló que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al declarar libremente su voluntad y consentimiento al suscribir el formulario de afiliación; por otra parte, que la obligación de elaborar proyecciones pensionales solo surgió con el Decreto 2071 de 2015.

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.



Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones exponiendo que para la fecha del traslado no existía prohibición legal alguna que prohibiera el mismo, más aun cuando no se encontraba con una expectativa pensional que implicara una afectación a sus derechos; por otra parte, que no es cierto que se haya suministrado una información engañosa; por otra parte, que la proyección pensional se verificó teniendo en cuenta los aportes para la fecha de su elaboración, los cuales pueden incrementar para la fecha del reconocimiento efectivo.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de julio de 2020, declaró nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Porvenir S.A*, a quien ordenó trasladar a *Colpensiones*, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos y demás emolumentos, sin que haya lugar a descuentos por gastos de administración; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso, tras referir lo atinente al deber de información y la carga probatoria que recae en la AFP de acreditar su cumplimiento, así como citar los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, señaló que de las pruebas recabadas en el plenario no se acreditó que se haya brindado asesoría a la accionante a efectos de adoptar la decisión de manera libre y voluntaria atinente al cambio de régimen pensional, vulnerando además el principio de confianza legítima que le asistía a la accionante, teniendo en cuenta además que el formulario de afiliación



no acredita *per se* una situación diferente. Consideró finalmente, que la indebida información constituye incurrir en un error de hecho, lo cual vicia el consentimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. sustentó la alzada en que si cumplió a cabalidad con el deber de información a fin de adoptar la decisión de traslado de régimen pensional, sin que se haya requerido dejar constancia escrita de dicha situación; por otra parte, que el formulario de afiliación si acredita que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, sin que con anterioridad haya manifestado inconformidad alguna, existiendo para la fecha, dada la edad de la actora, una prohibición de carácter legal para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otra parte que a los afiliados también les asisten obligaciones frente a su situación pensional, por lo cual no es dable endilgar la responsabilidad de la decisión exclusivamente en la AFP; de igual manera, que en concepto de 17 de enero de 2000, la Superintendencia Financiera estableció que no procede la devolución de gastos de administración ni la prima del seguro previsional, máxime que respecto de dichos rubros si opera la prescripción.

Por su parte *Colpensiones* señaló que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, sin que a la AFP se competa la carga de la prueba cuando se aduce una falta al deber de información. Por otra parte, que no es dable acreditar la asesoría otorgada hace 20 años aproximadamente, sin que el interrogatorio de parte de la accionante pueda analizarse a fin de favorecer a la parte demandante, quien además se contradijo con lo dicho en la prueba testimonial. Finalmente, que no es dable exigir el deber de información en los términos de normativas expedidas con posterioridad al traslado, ocasionando la decisión una afectación al principio de sostenibilidad, por lo que, en caso de no prosperar la alzada, la AFP no debe descontar suma alguna de dinero.



De igual manera se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones*, en tanto fue condenada y La Nación funge como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del



Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado a *Porvenir S.A* del 12 de julio de 1999 (Fl 38), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la*



suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la accionante en manera alguna confesó que la AFP haya cumplido con el deber de información en los términos esbozados, sin que las contradicciones respecto de la prueba testimonial señaladas por *Colpensiones* en la alzada impliquen tener por cumplida la carga probatoria que le asistía a la parte demandada, sin que además, se constituya en una imposibilidad allegar medios probatorios para acreditar la información que le fuera suministrada para el momento del traslado.

Se debe acotar además, que no es de recibo, como se aduce en la alzada, trasladar al afiliado la carga frente al deber de información, ni derivar consecuencias negativas por haber permanecido durante un tiempo prolongado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto, se reitera, los parámetros jurisprudenciales han acotado de manera reiterada que el deber de información y asesoría debe ser cumplido de manera completa y veraz por la AFP.

En ese orden de ideas, le asistió razón a la *a-quo* al estimar que no se acreditó por la AFP el cumplimiento del deber de información, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos



pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual



con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, situación que también se predica de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, montos que, se reitera y a diferencia de lo argumentado por Provenir S.A, si hace parte de los rubros que financiarán las pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen



de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **07 201800689 01**
Demandante: DIANA PATRICIA GOMEZ CARDONA
Demandado: PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A y
COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Auto

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Jacquelin Gil Puerto* identificada con C.C No. 51.930.470 y T.P 293.987 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

En igual sentido, en virtud del poder allegado por *Porvenir S.A* se procede a reconocer personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Fredy Quintero López*, identificado con C.C No. 79.581.111 y T.P No 278.643.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Diana Patricia Gómez Cardona* formuló demanda en contra de *Porvenir S.A, Protección S.A* y *Colpensiones*, a efectos que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de ahorro individual con Solidaridad realizado a *Protección S.A*, se declare que las AFP *Porvenir S.A* y *Protección S.A* incurrieron en omisión en los deberes de información y que la actora debe estar afiliada a *Colpensiones*.

En consecuencia, se condene a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes cotizados a *Colpensiones* y a esta última entidad a aceptar dichos aportes, condenándolas al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se afilió al entonces *Instituto de Seguros Sociales* el 15 de junio de 1981, aportando para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, previo traslado, un total de 929,71 semanas; que se afilió a *Protección S.A* en el mes de junio del 2001 y en la actualidad se encuentra afiliada a *Porvenir S.A*; aduce que el asesor de *Protección S.A* no le informó que el valor de la mesada pensional sería inferior al que recibiría en el *Instituto de Seguros Sociales*, ni le elaboró una proyección que le permitiera contar con las ventajas y desventajas del traslado, de igual manera, no recibió información sobre la oportunidad de trasladarse de régimen.

Afirma que el 19 de julio del 2018 elevó un derecho de petición a *Protección S.A*, solicitando la invalidación de la afiliación de la demandante, y adicionalmente diligenció formulario de traslado a *Colpensiones*; sin embargo, ambas entidades denegaron sus peticiones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que efectivamente al demandante se le hubiera hecho incurrir en error.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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.

Por su parte *Porvenir S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que este se realizó acorde a los requisitos legales establecidos y sin mediar vicios en el consentimiento.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Protección S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones como quiera que el acto del traslado es existente, válido y exento de vicios del consentimiento.

Presenta como medios exceptivos los que denominó inexistencia de a obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a *Porvenir S.A.*, aprovechamiento indebido de los recursos públicos al Sistema General de Pensiones y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a *Protección S.A*, así como el traslado al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a *Porvenir S.A*; ordenó a *Porvenir S.A* a trasladar todos los aportes de la actora a *Colpensiones*, incluyendo los rendimientos generados hasta que se haga efectivo el traslado, declara no probadas las excepciones y condena en costas a los demandados.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que no se probó dentro del plenario en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Que no se puede considerar como admisible el hecho de que con la suscripción del formulario se pueda entender la voluntad de la actora como libre y consiente, ya que se logró demostrar las consecuencias que padecía la actora frente a su derecho prestacional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A interpone recurso de apelación en el que en suma indica que si bien es cierto que no existe prueba de carácter escrito, ello no implica que la demandada no haya suministrado la información completa y clara, luego la AFP cumplió con todas las normas vigentes para ese momento, sin que sea dable aplicar la nueva normativa de manera retroactiva, exigiendo a las AFP que realicen o hagan gestiones que para esa época no estaban vigentes; aduce igualmente que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estudia casos de personas con una expectativa legítima o que son beneficiarias del régimen de transición.



Además, si se verifica el formulario de afiliación se puede corroborar la firma de la demandante, por ende, el acto jurídico nació a la vida jurídica, y cuenta con plena validez.

A su turno, *Colpensiones* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que en el interrogatorio de parte se aseveró que el traslado de régimen fue libre y voluntario, luego tiene plena validez; por otra parte, que los requisitos del deber de información exigidos en primera instancia fueron promulgados con posterioridad al traslado, siendo que la actora solo refirió una falta de asesoría 15 años después de haber suscrito el respectivo formulario.

Además, la demandante estando en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se trasladó entre AFP, cuando pudo haberse trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Solicita se tenga en cuenta que ambos regímenes tienen distinta forma de dividir los aportes, sin que la accionante haya contribuido a financiar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual desconoce además el principio de sostenibilidad financiera y protección de derechos adquiridos previstos en el artículo 48 de la C.P y el Acto Legislativo 01 del 2005.

Finalmente solicita la revocatoria de la condena en costas impuestas a la demandada, en tanto aduce que su actuar estuvo revestido de buena fe.

Toda vez que la decisión fue adversas a los intereses de *Colpensiones*, se surtirá de igual manera el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en



efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información*



a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tenía o no una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 2 de mayo del 2001 a Santander hoy *Protección S.A* (Fl 146), del 28 de noviembre del 2002 a *Porvenir S.A* (Fl 201), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se*



hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportó prueba que acredita de manera fehaciente el cumplimiento del deber de información en los términos antes expuestos, motivo que impele a confirmar la decisión en cuanto a declarar la ineficacia del traslado, decisión que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, lo ha señalado en la sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, al referir:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que



se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

En lo tocante a las costas, basta indicar que estas operan de forma objetiva con fundamento en los parámetros trazados por el artículo 365 del C.G.P, debiendo ser asumidas por la parte vencida en juicio, por manera que al haberse opuesto *Colpensiones* a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la libelista y ser vencida en juicio, dimana lógica la confirmación de la condena en costas fulminada en su contra.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN:

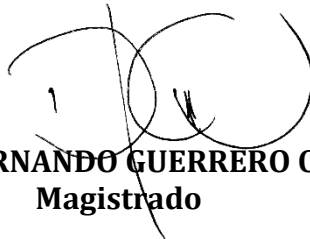
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03 201800691 01
Demandante: NADIA WILMAN VARGAS MEDINA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Porvenir S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nidia Wilman Vargas Medina*, formuló demanda ordinaria laboral contra *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad del traslado y la afiliación en pensiones; en consecuencia, se condene a *Porvenir S.A* a trasladar todos los aportes a *Colpensiones*; se declare que *Colpensiones* es la encargada de mantener los derechos y obligaciones de la demandante, se active la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 23 de mayo de 1960; el 6 de marzo de 1973 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; actualmente tiene más de 58 años y más de 1800 semanas de cotización; el 29 de octubre de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que a la fecha del traslado la AFP le calculó el monto de la pensión en cuantía de \$1.084.472, señalándole que con el Instituto de Seguros Sociales ascendería a \$986.237 semanas.

Pese lo anterior, con posterioridad un cálculo actuarial estableció que la liquidación que había realizado la AFP era errada, por lo que el 13 de julio del 2018 solicitó a *Porvenir S.A* y a *Colpensiones* la nulidad del traslado en la filiación, pedimento que fue denegado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no le constan los hechos y por lo tanto se atendería a lo probado en el proceso, por cuanto es a la AFP a quien le corresponde probar en qué circunstancias trasladó a la demandante.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones incoadas por la demandante, aduciendo que el traslado no se efectuó en contravía de una prohibición legal, al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.



Presentó como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de octubre de 1999; condenó a la AFP a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante; ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de los dineros; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión indicó que la demandante se encuentra afiliada a dicha administradora de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir 1° de diciembre de 1999, y para la fecha en que se realizó el traslado se había expedido una norma legal vigente que disponía brindar una información clara, veraz y oportuna al posible afiliado, no solo en el momento de la afiliación sino durante su permanencia en el nuevo fondo, tal como lo establece el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Por otra parte que la carga de la prueba de acreditar el deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, teniendo en cuenta que el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulta relevante para la toma de decisiones que se persigue, sin que por pasiva se haya demostrado que efectivamente cumplió con el deber de información.

Finalmente, indica que ambas demandadas propusieron la excepción de prescripción al contestar la demanda; no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de



Justicia ha precisado que, en casos como el presente, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación en el que en suma indicó que para el momento en que se verificó el traslado, si se brindó la asesoría correspondiente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como las características, funcionamiento, modalidades de pensión y los requisitos para acceder a este, máxime que la información suministrada a los afiliados se encuentra acorde con disposiciones legales, acatando las directrices de vigilancia en control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto, las reglas y condiciones en las que se realizó la vinculación de la demandada son el resultado de dichas disposiciones; por otra parte, no se incurre en engaño al exponer las mayores ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada con un monto de pensión previamente calculado, lo cual en todo caso depende directa y exclusivamente del afiliado y no de la administradora, máxime que la accionante suscribió el formulario de afiliación.

Que a raíz de la expedición de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del 2003, la AFP informó a sus afiliados las modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, indicando a través de los canales de servicios, los extractos enviados a cada afiliado, en las distintas publicaciones efectuadas en los medios de comunicación de circulación nacional, como las efectuadas el 16 de enero de 2004 en el diario El Tiempo, la posibilidad de efectuar el traslado acreditando los requisitos solicitados en las normas antes citadas, lo cual desvirtúa cualquier engaño.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida



asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo,*



el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tenía o no una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la actora a *Porvenir S.A* del 29 de octubre de 1999 (CD Fl 154), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportó prueba que de manera fehaciente acredite la información que le fuere suministrada a la accionante, lo cual además no es dable extraer del contenido de la ley, extractos o publicaciones en prensa, como aduce el recurrente.

Por lo tanto, le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo cual además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.



Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 04 2018 00722 01
Demandante: GLORIA MERCEDES VILLAQUIRAN SARASTI
Demandado: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gloria Mercedes Villaquirán Sarasti*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Federación Nacional de Cafeteros*, solicitando se ordene el reajuste de su pensión de jubilación, que a la fecha corresponde a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1° de enero de 1994, reajustándola año a año teniendo en cuenta el IPC acumulado del año inmediatamente anterior partiendo de la base del valor de la mesada anual de US \$2.372 dólares americanos, aplicando el IPC de la ciudad de Londres, al pago de los intereses moratorios, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



Subsidiariamente, anhela que se realice el reajuste pensional con el IPC de Colombia.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 27 de diciembre de 1936; que bajo un tratado regido por Colombia desempeñó el cargo de Secretaria Ejecutiva de la Federación Nacional de Cafeteros en la ciudad de Londres del 1° de agosto de 1963 al 30 de junio de 1993; por lo que mediante Resolución No. 027 del 15 de septiembre de 1993, la Federación Nacional de Cafeteros le concedió la pensión de jubilación; que al momento de su retiro devengaba US \$3.327,19.

Aduce que la *Federación Nacional de Cafeteros* le otorgó la pensión en cuantía de US\$423,29 a partir del 1° de julio de 1993 aplicando la Ley 71 de 1988; que dado que para 1993 el cambio oficial del dólar estaba en COP\$859,03 el valor de la pensión era de US \$1.423,29; por lo que la Federación Nacional de Cafeteros mediante la Resolución No. 027 de 1993 determinó el valor de la pensión en US \$1.423,29 dólares americanos, precisando que mientras la pensión se perciba en moneda extranjera no tendrá derecho a los reajustes mensuales,

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Federación Nacional de Cafeteros* mediante escrito de contestación de la demanda se opone a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que conforme lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 71 de 1988 y el 3° del Decreto 1160 de 1969, normas vigentes para la fecha del reconocimiento pensional, ninguna pensión podría superar los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.



Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, pago y compensación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, cosa juzgada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a reajustar la pensión de la señora *Gloria Mercedes Villaquirán de Barton*, a partir del 1° de julio de 1993 en cuantía inicial de US \$1897,48 dólares americanos; declaró probada la excepción de prescripción respecto de los reajustes causados con antelación al 8 de octubre del 2015; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte convocada a juicio.

Como sustento de su decisión adujo el fallador de primera instancia que de acuerdo con la información consignada en la Resolución No. 0027 del 15 de septiembre de 1993 (Fls 20 y 21) se demuestra que a la señora *Gloria Mercedes Villaquirán* le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 1° de julio de 1993 en cuantía inicial de US \$1423,29 y se determinó que mientras se percibiera en moneda extranjera no tendría derecho a los reajustes anuales; que el día 10 de agosto de 1993 las partes celebraron acuerdo conciliatorio en el cual convinieron, además del pago de las prestaciones sociales, una bonificación y una suma adicional por la conciliación, el reconocimiento de la pensión de jubilación en la suma de US \$1.423,29 mensuales, y que por tratarse de una pensión especial y pactada en moneda extranjera, no estaría sujeta a los reajustes legales establecidos en la legislación colombiana (Fls 22 a 24).

Que la pensión cuyo reajuste se solicita en este proceso se reconoció en el año 1993, fecha para la cual se encontraba en vigencia el artículo segundo de la Ley 71 de 1988, que estableció que ninguna pensión podría ser inferior al salario mínimo



legal mensual, ni superior a 15 veces el salario mínimo, posteriormente fue expedida la Ley 100 de 1993, que en materia de pensiones entró en vigencia el 1º de abril de 1994, y en el párrafo del artículo 18 estableció que *“cuando el gobierno nacional limite la base de cotización a 20 salarios mínimos, el monto de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida no podrá ser superior a dicho valor”* y no de 25 como lo manifiesta la parte demandante; asimismo, que en el párrafo del artículo 35 de la citada Ley 100 de 1993, se estableció que las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4º de 1992 no estarían sujetas al límite establecido en el artículo segundo de la Ley 71 de 1988; el inciso 4º del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, estableció como tope máximo de las pensiones el valor equivalente a 25 salarios mínimos legales.

Debe tenerse en cuenta que a la demandante se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1º de julio de 1993, cuando aún no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, pero como se otorgó en vigencia de la ley 4º del 1992 no era posible aplicar el tope máximo de 15 salarios mínimos que establecía la Ley 71 de 1988 como lo hizo la demandada, lo cual ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia 31558 del año 2009.

Así las cosas, la no aplicabilidad del tope consagrado en el artículo 2º de la Ley 71 de 1988, rige para las pensiones concedidas a partir de la vigencia de la Ley 4 de 1992, sean o no de rango legal.

De acuerdo con todo lo anterior, debe concluirse que el tope que debía aplicarse a la pensión de la demandante era de 20 salarios mínimos legales, que para el año de su reconocimiento, esto es 1993, lo que arrojaría una mesada pensional de US \$1897,72, suma a la que debe reajustarse la mesada inicial, encontrándose prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 8 de octubre del año 2015.



Frente a la excepción de cosa juzgada fundamentada en la conciliación celebrada ante el consulado de Colombia en Londres el 10 de agosto de 1993, sin bien existe identidad partes, difieren la causa petendi y el objeto, en tanto en la citada conciliación se ventiló lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante y en este proceso lo que se deprecia es el reajuste de tal prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandada interpone recurso de apelación en lo que respecta a la reliquidación de la primera mesada pensional, señalando que para la fecha en que la *Federación Nacional de Cafeteros* y la señora *Gloria Mercedes Villaquirán* suscribieron el acuerdo conciliatorio, se aplicó el tope establecido para las pensiones legales para el año 1992, de acuerdo a lo establecido en la Ley 71 de 1988, en cuantía de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Refiere igualmente que disiente de lo atinente a la excepción de cosa juzgada toda vez que, en la conciliación celebrada en el Consulado de Colombia en Londres, se reconoció liquidó la pensión de conformidad con la norma vigente, a lo que ambas partes manifestaron su consentimiento. Máxime que como consecuencia de dicho acuerdo conciliatorio se reconoció la suma indexada, hoy en día de \$1.200.000.000, por lo que si hubo un acuerdo entre las partes, por medio del cual se pactó reconocer una pensión según la norma legal vigente.

A su turno la parte demandante presenta recurso de apelación refiriendo que existe jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que señala que las pensiones pagadas en dólares no deben ser objeto de reajuste, no obstante tal criterio únicamente opera cuando la pensión se



paga en dólares en el territorio colombiano, lo cual difiere del presente evento, toda vez que la actora se ha visto afectada en el costo de vida en la ciudad de Londres, en donde el costo de vida se ha incrementado en un 40%, máxime cuando es un hecho notorio que el valor de la libra esterlina, es mayor que el dólar americano.

Refiere que en gracia de discusión debe tenerse en cuenta el desarrollo de los reajustes del salario mínimo, encontramos que en la actualidad la pensión máxima equivale a 25 salarios mínimos, es decir \$20'702900, pero si fueran los 20 salarios mínimos que ordenó la Ley 100 de 1993 y a los que fue condenada la accionada, equivaldría a un valor US \$5.520 dólares, la cual difiere del monto reconocido a la accionante; de igual manera, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral señaló que si el salario del trabajador jubilado se pagaba en moneda extranjera, con base en ella se determinará el valor de la pensión, el cual obligatoriamente ha de convertirse a moneda nacional al cambio oficial del día en el cual la obligación se adquirió; además se aportó la documental que da cuenta que antes de la conciliación la demandante le solicitó a la Federación que la pensión se solucionara en pesos colombianos, en tanto el negar el reajuste iría en detrimento de calidad de vida.

Solicita se tengan en cuenta para efectos del reajuste el IPC del país en donde actualmente, siendo evidente la pérdida del valor adquisitivo del dólar respecto de la libra esterlina y por ende un detrimento en el mínimo vital.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la accionante tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación reconocida por la entidad accionada.

c. De la calidad de pensionada

En el *sub-lite*, no existe debate en cuanto a que la señora *Gloria Mercedes Villaquirán* fue pensionada por la Federación Nacional de Cafeteros mediante la Resolución No. 027 del 15 de septiembre de 1993, en cuantía de US \$1.423,29 (Fls 20-21), prestación que fuere reconocida a la demandante con arreglo a un acuerdo de conciliación suscrito por las partes ante el Consulado de Colombia en Londres el 10 de agosto de 1993.

Precisando que de forma voluntaria y por disposición de la gerencia de la empresa, la pensión fue reajustada aplicando el IPC de la vida acumulada para el año inmediatamente anterior, inicialmente se reajusta la pensión en US \$1.548 a partir del 1° de enero de 1997, en US \$1.674 dólares a partir del 1° de enero de 1998 (Fl 28) y posteriormente en cuantía de US \$1600 dólares a partir del 1° de enero de 1999 (Fl 27).

d. De la Cosa Juzgada



Como quiera que la pasiva interpuso la excepción de cosa juzgada, con fundamento en el acuerdo de conciliación suscrito por las partes el 10 de agosto de 1993, procederá la Sala como primera medida a estudiar la viabilidad de declarar probada la misma.

Para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, rememorada en la sentencia SL-1303 de 2018, que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal



institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

En claro lo enunciado procedió la Sala a realizar un análisis del la Conciliación suscrita por las partes el 10 de agosto de 1993, logrando establecer que en la misma las partes decidieron zanjar todo lo relativo a la ejecución y extinción del contrato de trabajo, logrando acordar en lo atinente a la pensión de jubilación lo siguiente:

“La pensión de jubilación estará a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a partir del día 1° de julio de 1993, fecha de retiro definitivo de la señora GLORIA MERCEDES VILLAQUIRAN DE BARTON de la empresa.

“Teniendo en cuenta que el último salario devengado por la señora Gloria Villaquirán y sobre el cual debe liquidarse la pensión fue en dólares, la pensión se pagará en esa misma moneda y en cuantía de \$US \$1.423,29 dólares mensuales, en la ciudad de Londres o en la ciudad exterior que elija la señora Gloria Villaquirán.

“Esta pensión por ser una pensión especial y pactada en moneda extranjera, no estará sujeta a los reajustes de la legislación Colombiana.

“Si la señora Gloria Villaquirán regresa a Colombia y decide cobrar la pensión en Pesos Colombianos, se hará la conversión a la tasa de cambio vigente en el momento de dicha conversión y sin superar el tope máximo legal. La pensión percibida en pesos colombianos tendrá los ajustes legales”

De cara a lo indicado en líneas precedentes, advierte la Sala que se aparta de la decisión adoptada por el *a-quo*, en tanto para esta Colegiatura si se configura la excepción de cosa juzgada respecto de la conciliación suscrita por las partes el 10 de agosto de 1993, en cuanto es bien sabido que la conciliación presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada, para dicha data con fundamento en lo reglado en la Ley 23 de 1991.



Lo anterior en la medida en que no solo es palmario que existe una identidad de partes, causa y objeto, por cuanto en la mentada conciliación atendiendo a la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, la empresa demandada decidió reconocer a la demandante una pensión de carácter voluntaria, estableciendo de forma libre y voluntaria las partes contratantes que el monto de la misma sería de US \$1.423.29, sin que se especificara en modo alguno en el mentado acuerdo de conciliación que dicho valor fuese de carácter legal ni que en tal virtud estuviere limitado al tope de los 15 salarios mínimos previstos en la Ley 71 de 1995.

Por manera que, si bien este monto pudo haber sido pactado por las partes teniendo en cuenta como referente dicha normativa, no implica que la prestación fuese de carácter legal y en tal medida quedara limitada por la mentada disposición normativa, máxime cuando se trataba, se reitera, de una pensión especial de carácter voluntario, lo cual se extrae del contenido de la conciliación.

Asimismo, resulta fehaciente que la partes definieron sin apremio alguno que la mentada prestación, mientras la promotora se encontrara en Londres o en cualquier otro país del extranjero, no estaría sujeto a reajuste alguno, por manera que los reajustes legales tan solo le serían aplicables en caso de solicitar su reconocimiento y pago en Colombia y en moneda nacional.

Siendo del caso precisar que, existe prueba dentro del plenario que dicho punto fue debatido por las partes en las tratativas previas a la suscripción del acta de conciliación, en aras de llegar a un punto de acuerdo, pues milita a folio 25 una misiva del 4 de agosto de 1993, en la que la demandante solicita a la empresa reevaluar el punto del reajuste pensional así:

“(…) hay un párrafo que dice que por ser mi salario en dólares la pensión debe liquidarse en dólares y que se pagará en esa misma moneda en cuantía



de US\$ 1.423.29 mensuales [...] y que por ser esta pensión una pensión especial y pagada en moneda extranjera no estará sujeta a los reajustes de la legislación Colombiana.

“Como Ud. Comprenderá este es un párrafo muy difícil de aceptar (...). Yo hable con el doctor Díaz y le solicite que en ese caso se me pagara en pesos colombianos (...).”

Dimana de lo antes dicho que el acuerdo de conciliación en lo tocante al monto de la pensión y sus reajustes fue claramente debatido por las partes dándole la oportunidad a la demandante de solicitar lo que estimara pertinente, al punto que en el mismo se incorporó un párrafo en el cual se establecida que los reajustes anuales se efectuarían únicamente en el caso de que la demandante retornara a Colombia y solicitara el pago de la prestación en pesos colombianos.

De cara a lo indicado, no podría esta Sala entrar a analizar el fondo del asunto, en aras de establecer si la pensión de la demandada debe ser reajustada con el tope de 20 salarios mínimos establecidos en el parágrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, en tanto se itera, en modo alguno se evidencia que la prestación voluntaria concedida a la demandante haya sido de carácter legal y por ese motivo limitada con el tope de la Ley 71 de 1988, o que incluso se pactara que la misma estuviera sujeta al tope legalmente establecido por la legislación Colombiana, sino que las partes definieron libremente la cuantía de la misma, así como lo concerniente a sus reajustes dependiendo de si fuera cancelada en moneda nacional o extranjera, en Colombia o en el exterior.

Y es que no cabe duda de la naturaleza voluntaria de dicha prestación económica y sus especiales condiciones, no solo a razón de lo dispuesto por las partes en el acuerdo de conciliación, sino incluso, de cara a los reajustes extralegales y voluntarios concedidos de forma unilateral por la entidad convocada al presente juicio, para las anualidades de 1997 a 1999, según dan cuenta las misivas de folios 27 a 29, en las que se puede leer:



“Aun cuando la empresa no está legamente obligada a hacer los reajustes para las pensiones que se causen en el exterior, ha querido en forma voluntaria hacerlos para mantener el valor adquisitivo de la prestación”

Luego, para esta Corporación si operó la cosa juzgada en el presente caso, por cuanto los puntos que se someten a debate en el presente litigio, esto es: el monto de la pensión voluntaria concedida a la promotora y los reajustes anuales peticionados con fundamento en el IPC de Londres o subsidiariamente con el IPC de Colombia, fueron temas debatidos y zanjados por las partes en el acta de conciliación que dio lugar a su reconocimiento.

Finalmente, vale la pena indicar en todo caso que las sentencias tenidas en cuenta por la falladora de primera instancia, para conceder el reajuste de la pensión de la hoy demandante en cuantía igual a los 20 salarios mínimos, no podrían aplicarse al presente caso, en tanto en dichas oportunidades la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, estudió el reajuste de *pensiones legales* concedidas en virtud de lo dispuesto en la ley 71 de 1988 con el tope máximo de 15 salarios mínimos. Por manera que los supuestos de facto que dieron lugar a dichos pronunciamientos, no se compadecen con los del presente juicio y por ende no podría aplicárseles el mismo discernimiento o juicio.

Ante lo previamente enunciado, la Corporación procederá a revocar la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada y en consecuencia absolver a la convocada a juicio de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Como corolario de lo anterior se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandante.

VI.- DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de septiembre, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la accionada de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105026 201900055 01
Demandante: MARÍA DE JESÚS MUETE DE RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la Doctora María Elena Fierro García identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María de Jesús Muete García* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos de que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, se decrete que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez; se ordene a *Colpensiones* efectuar el pago de las mesadas pensionales tanto ordinarias como adicionales que se llegaron a reconocer a favor de la demandante junto con los intereses moratorios, se ordene a *Colpensiones* a efectuar el pago de la indemnización a que haya lugar, respecto de las mesadas pensionales que se lleguen a reconocer y pagar a favor de la actora y al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 19 de abril de 1955, cotizando a *Colpensiones* más de 835 semanas; que cumplió con la edad y semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez; que mediante fallo de tutela del 1º de diciembre de 2009 se ordenó mantener su vinculación como beneficiaria al régimen de transición, por lo que tramitó ante *Colpensiones* el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, misma le fue denegada por la pasiva mediante Resolución No. GNR 163833 del 2 de junio del 2015; que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue desatado mediante la Resolución No. VPB 512 del 6 de enero del 2016, por medio del cual se denegó nuevamente el derecho pretendido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no acreditaba 15 años de servicios.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 4 de octubre de 2019, resolvió absolver a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que revisando el expediente administrativo, se observa que la demandante acredita un total de 833 semanas de cotización, desde el 14 de abril de 1987 al 1º de octubre de 2009, los cuales fueron aportados al *Instituto de los Seguros Sociales* hoy *Colpensiones* y a la AFP *Porvenir S.A*, siendo este último fondo al cual se afilió la demandante desde el 1º de agosto de 1998 hasta el 31 de julio de 2013, traslado que fue efectuado en virtud de un fallo de tutela emitido el 1º de diciembre del 2009, proferido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual se ordenó el



traslado de la demandante a *Colpensiones*, no obstante, dicho amparo constitucional solamente iba encaminado a ordenar el traslado de régimen.

En este orden de ideas, advierte que si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1º de abril de 1994, la demandante contaba con 38 años de edad, para esa fecha solo acreditaba un total de 203.1 semanas de cotización, es decir, no cumplió con el requisito de los 15 años de servicio con anterioridad a la Ley 100 de 1993, para así poder retomar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida conservando los beneficios establecidos en el régimen de transición previstos en el artículo 36 de la norma en mención, esto en aplicación de la sentencia C-786 de 2002 emitida por la Corte Constitucional, por lo cual no es procedente la aplicación de las normas de transición para el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se interpone recurso de apelación señalando que la accionante cumplía con el requisito de la edad para el año 2010, fecha anterior a la expedición de la sentencia SU-130 de 2013; de igual manera que si bien el traslado de *Porvenir S.A* se concretó en el año 2013, se debió al trámite administrativo que se adelantó entre las entidades, ello a pesar de existir un fallo perentorio que ordenaba el traslado en sentencia del 1º de diciembre de 2009, fecha para la cual tenía derecho a mantener su cotización ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otra parte, que no es dable exigir contar con más de 15 años para el 1º de abril de 1994 para acceder al régimen de transición, toda vez que se configura la cosa juzgada en la decisión de tutela, la cual no fue impugnada.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y con fundamento en el mismo, le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

c. Del Régimen de Transición:

Inicialmente debe señalarse que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición consagrado a favor de quienes, a la entrada en vigencia de la mentada normativa, acreditaran 15 años de servicios o 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 años de edad en el caso de los hombres. Régimen que les permite a este grupo poblacional, acceder al derecho pensional bajo los parámetros legales establecidos en la disposición normativa anterior, en lo tocante a la edad, tiempo y monto de la pensión que les resulte aplicable.

No obstante, predicó el legislador en la misma disposición normativa que aquellas personas que se trasladaran de régimen perderían dicha transición. Prohibición legal, de la cual únicamente se exceptúa al grupo de personas que cumplieran los 15 años de servicios establecidos en la norma, en tanto estos tenían una expectativa legítima, interpretación normativa que fuere adoptada por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-789 del 2002, en la cual puntualizó:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

“En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados



para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

“Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

“Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- 1. Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- 2. Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

“En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”.

Criterio igualmente expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-130 del 2013, en la cual se reiteró dicha postura en los siguientes términos:

“Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única



condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen”.

Finalmente, en lo tocante el régimen de transición, basta indicar que el mismo no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso dicho régimen se extiende hasta el año 2014.

d. Del caso en concreto:

En el *sub-lite* constata la Sala que la demandante originalmente se encontraba afiliada al entonces *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, desde el 14 de abril de 1987 (CD Fl 40); sin embargo, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante afiliación a la AFP *Porvenir S.A* el día 1° de agosto de 1998, en donde permaneció hasta el 31 de julio del 2013 (Fl 20), con ocasión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá del 1° de diciembre del 2009, en el cual se dispuso tutelar los derechos a la igualdad, seguridad social y derechos adquiridos de la demandante y como consecuencia se ordenó al *Instituto de Seguros Sociales* solicitar la autorización del traslado y los respectivos fondos de la actora en *Porvenir S.A*, para que de esta manera pueda hacer efectivo su derecho pensional, e igualmente, ordenó a la *AFP Porvenir S.A* autorizar el traslado de la promotora.

Asimismo, debe precisar la Sala que si bien la decisión adoptada por el Juez de Tutela se fundamentó en que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, por contar con 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que por ello, dado que gozaba de una expectativa legítima tenía derecho a trasladarse de régimen, en modo alguno ordenó que como consecuencia del traslado se le tuviera como beneficiaria del régimen de transición para todos los efectos legales.

Igualmente, ha de puntualizarse que dentro del mentado fallo no se analizó si la demandante acreditaba los 15 años de servicios requeridos para mantener el régimen de transición aun en el evento del traslado de régimen, conforme lo



indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-789 del 2002, por manera que no es dable considerar configurada una cosa juzgada en dicha materia.

Siendo del caso precisar que si bien este criterio fue igualmente acogido en la sentencia SU-130 del 2013, el mismo ya había sido contemplado en la sentencia de exequibilidad precitada, por manera que tampoco es dable estimar en modo alguno de un derecho adquirido previamente a la adopción de un criterio jurisprudencial, como se alude en la alzada.

De otra parte, se debe resaltar que ni en el presente litigio ni en la acción de tutela previamente aludida, se llegó a discutir la posible ineficacia del traslado de régimen, frente a lo cual no operaría la cosa juzgada en el presente asunto, por ende, en el presente caso la Sala no podrá aplicar las consecuencias jurídicas que se predicen en los debates jurídicos cuyo punto de partida recaen en esos eventos.

De cara a lo enunciado, para poder aplicarle el régimen de transición a la demandante deviene lógico analizar si al 1º de abril de 1994 la libelista cumplía con los 15 años de servicios a los que alude el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo este el único requisito que le permitiría mantener la transición luego del traslado de régimen, como se expuso en precedencia con arreglo a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-789 del 2002.

Siendo ello así, procedió la Corporación a efectuar un análisis exhaustivo del resumen de semanas cotizadas de la demandante (CD Fl 40), avizorando que al 1º de abril de 1994 contaba con 203,13 semanas cotizadas. En tal medida, le asiste razón a la falladora de primera instancia al indicar que perdió la calidad de beneficiaria del régimen de transición al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por lo hasta aquí expuesto, dimana lógico que el derecho a la pensión de vejez de la promotora se analice a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normativa que consagra como requisitos pensionales para el caso de las mujeres el cumplimiento de 57 años de edad a partir del 2014 y una densidad de 1300 semanas desde el año 2015.



En tal sentir, aun cuando la actora arribó a la edad de 57 años el 19 de abril del 2012, como quiera que a la fecha apenas cuenta con 836 semanas, es patente que no cumple con los presupuestos jurídicos exigidos por la legislación que le resulta aplicable, para acceder a la pensión de vejez reclamada.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

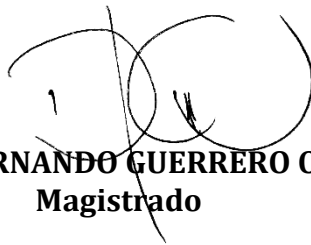
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 35 2019 00034 01
Demandante: NANCY PAOLA CRISTANCHO SIERRA y LUIS
ALBERTO CLAVIJO MORENO
Demandado: FUNDACIÓN PROSERVANDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 que profiriera el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los demandantes *Nancy Paola Cristancho Sierra y Luis Alberto Clavijo Moreno*, presentaron demanda ordinaria en contra de la *Fundación Proservanda*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 11 de agosto y 30 de noviembre de 2017.

En consecuencia, se le condene a la demandada al pago de las diferencias por conceptos del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación de vacaciones, sanción por despido sin justa causa e indemnización moratoria como consecuencia del no pago oportuno de prestaciones sociales.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, los demandantes indicaron que se vincularon laboralmente con la demandada a partir del 11 de agosto de 2017, a través de un contrato de trabajo verbal; que la señora *Nancy Paola Cristancho Sierra* cumplía una jornada de trabajo de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m., mientras que el señor *Luis Alberto Clavijo Moreno* cumplió un horario de 7:00 a.m. a 12:00 m y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m., sumado a que por necesidades del servicio debían laborar sábados y domingos sin causar horas extras.

Que las funciones desarrolladas por ambas demandadas dentro de su actividad de profesionales en psicología consistían en el desarrollo de tareas en investigación, diseño de proyectos, aplicación de baterías de riesgo psicosocial en colegios distritales, acompañamientos en cesiones de coach educativo con la Secretaría Distrital y recolección de información para análisis sobre salud ocupacional en el área de estadística.

Puntualizaron que el 30 de septiembre de 2017, la demandada hizo que firmaran la terminación del contrato de trabajo por justa causa, sin que hasta ese momento conocieran que los trabajos profesionales que estaban adelantando, tuvieran alguna relación con la Unión Temporal Medicol 2012, por lo que el contrato verbal existente con la demandada no mutó a uno por duración de la obra o labor, como quedó consignado en el acta del finiquito, sumado a que transcurrió un tiempo considerable para que les fuese pagada su liquidación, la cual se les canceló el día 18 de enero de 2018.

Que en tal sentido, el 21 de marzo de 2018 presentaron por escrito la propuesta de arreglo a las inconformidades de la liquidación, ante lo cual la pasiva el 6 de abril de 2018 respondió que las acreencias laborales habían sido canceladas en legal forma.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Fundación Proservanda*, contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que los demandantes convinieron de manera escrita la ejecución de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, el cual, con posterioridad se ratificó mediante el escrito denominado “*Acta de terminación de contrato*”.

Precisó además que, desde el inicio de la relación laboral otorgó a los demandantes el contrato escrito para que fuese firmado, el que fue devuelto sin la firma de los accionantes. Sintetizó que los demandantes conocían que los trabajos profesionales que estaban adelantando tenían relación directa con el contrato que se suscribiera con la Unión Temporal Medicol Salud 2012, pues la duración de los contratos de obra o labor se encontraban sujetos y sometidos a la ejecución del contrato civil.

En lo que respecta al pago de las prestaciones sociales de los demandantes, mencionó que al momento de la entrega se tuvo en cuenta la totalidad de los emolumentos que se adeudaban.

Formuló las excepciones de improcedencia de la prueba de interrogatorio de parte solicitado por la parte demandante, cobro de lo no debido y falta de título y causa de la parte demandante, legalidad de la actuación de la empresa sin ánimo de lucro, inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho, buena fe, temeridad y mala fe, así como la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y falta de título y causa de la parte demandante, legalidad de la actuación de la empresa



sin ánimo de lucro e inexistencia de la obligación pretendida, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión manifestó que de las pruebas recolectadas durante el trámite procesal, se pudo establecer que los demandantes conocían que el contrato de trabajo que habían suscrito, era catalogado como de obra o labor contratada, de ahí que se haya desvirtuado lo expuesto en los supuestos fácticos de la demanda respecto del desconocimiento del vínculo.

Adicionalmente argumentó que dicho contrato por obra o labor contratada, estaba condicionado a la duración del contrato comercial celebrado entre la demandada con la Unión Temporal Medicol 2012 y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora, adicional a que en los testimonios practicados quedó claro que a los trabajadores de la pasiva, la encartada les otorga unas bonificaciones no constitutivas de salario, por lo cual, esas sumas no fueron tenidas como base salarial para efectuar las liquidaciones de los demandantes por los tres (3) meses de la obra o labor.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló, considerando que es improcedente que a un acta de terminación se le otorgue el alcance de modificar los contratos de trabajo; por otra parte, argumentó que los contratos que se aportaron como medios de pruebas se encuentran incompletos y sin firmas, por lo cual no se acreditó la existencia de contratos por duración de la obra o labor, por lo que es palmario que la terminación haya sido sin justa causa, ya que siempre prevaleció el contrato verbal.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, habrá de determinarse si el vínculo que unió a la demandada con los actores fue por obra o labor determinada, o si la relación laboral tuvo otro tipo de contrato.

Determinado lo anterior, se establecerá si los contratos terminaron por justa causa, si esta adeuda emolumento alguno a los demandantes.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche por las partes la existencia de los contratos de trabajo que se suscribieron, los cuales tuvieron como extremos temporales el periodo comprendido entre el 11 de agosto y el 30 de noviembre de 2017, como así lo aceptó la pasiva a la contestación de los hechos primero y octavo, y como dan fe las actas de terminación de los contratos de trabajo visibles a folios 12 y 22. Tampoco que la profesión de los demandantes era la psicología.

Así las cosas, las ya referidas actas de terminación de los contratos de trabajo dispusieron:

“1. El objeto del presente contrato es Desarrollar y aplicar sus conocimientos profesionales con el fin de tomar parte activa en la participación de los procesos de promoción de salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, planeación y rehabilitación de los destinatarios de los servicios prestados por la Fundación Proservanda.



“2. El Trabajador prestará sus servicios a la entidad por término de duración del contrato de tercerización, atendiendo a su naturaleza de contrato por la duración de dicha obra o labor. Las partes evidencian el cumplimiento del objeto contractual, conforme a lo estipulado en el Contrato en mención.

“3. Mediante comunicación del día 10 de noviembre de 2017 la Unión Temporal MEDICOL SALUD 2012 manifestó la finalización del Contrato suscrito con la FUNDACIÓN PROSERVANDA a partir del 22 de noviembre de 2017.”

De lo anterior, resulta evidente que en la motiva de los finiquitos de la relación laboral por obra o labor, la pasiva la efectuó con ocasión a la finalización del contrato que suscribiera con la Unión Temporal Medicol Salud 2012, cuyo objeto era el desarrollo y aplicabilidad de los conocimientos profesionales para los procesos de promoción en salud, prevención de la enfermedad, entre otros aspectos.

A su vez, dentro del plenario reposa el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-003-2012, el cual fue suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A. como contratante, y la Unión Temporal Medicol Salud 2012 quien funge como contratista, cuya función era la prestación de los servicios asistenciales de los docentes del Magisterio en la Región de Bogotá, Cundinamarca y Territorios Nacionales (Fls. 98 a 139).

En concordancia con lo anterior, la Unión Temporal Medicol Salud 2012, mediante carta adiada el 10 de noviembre de 2017 (Fl.140), comunicó a la aquí demandada la terminación del contrato de prestación de servicios que suscribieron el 22 de noviembre de 2017, ello con ocasión a su vez de la terminación del contrato que la Unión Temporal culminó con la Fiduprevisora S.A, en los términos expuestos en precedencia.

Por otra parte, se recaudaron los interrogatorios de parte de los demandantes, junto con los testimonios de *Nelly Ivón Montealegre Ochoa, Fanny Barreto Monroy y José Mayorga Bernal.*



La demandante *Nancy Paola Cristancho Sierra*, indicó en su interrogatorio de parte que la forma de terminación de su contrato de trabajo fue a través de una carta de terminación que le hicieron firmar, pero sin tener conocimiento que su contrato de trabajo era bajo la modalidad de obra o labor contratada, ya que nunca lo suscribió.

Que el horario pactado fue de cuarenta horas semanales, de lunes a viernes de 8:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., arguyendo que nunca supo cuánto se le iba a pagar porque nunca suscribieron contrato de trabajo, sumado a que nunca conoció las condiciones contractuales a pesar de haberlas solicitado.

El señor *Luis Alberto Clavijo Moreno*, dijo en el interrogatorio de parte que se le practicó, que su horario laboral era de 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m.; que la fundación le dio un permiso alrededor de una semana como consecuencia de una situación de índole personal; que la finalización de su contrato se dio con ocasión a la suscripción de un acta de terminación, en la cual sopesó su aceptación.

La señora *Nelly Ivón Montealegre Ochoa*, dijo ser contadora pública y trabajar para la demandada desde el mes de septiembre de 2016, por lo que conoció a los demandantes cuando laboraron para la pasiva.

Que ambos demandantes eran psicólogos y realizaban actividades con el Magisterio, más exactamente talleres de apoyo, cumpliendo con un horario laboral de 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., y laboraron desde el mes de agosto hasta el 30 de noviembre de 2017 a través de contratos de obra o labor, constándole esto último en tanto era la persona encargada de hacer las liquidaciones con base a dichos contratos.

Sintetizó que el salario de los accionantes era la suma de \$1.350.000, más un pago adicional que se encontraba regulado en el artículo 128 del C.S.T. que consistía en una bonificación en la suma de \$850.000 mensuales, la cual en ocasiones se daba y en otras



no, y que se encontraba estipulada en los contratos de trabajo; que todos los trabajadores de la demandada se vinculan mediante contrato escrito y que en el caso específico de los actores, el condicionamiento de culminación de los contratos de trabajo era la terminación del contrato de servicios suscrito entre la demandada con la unión temporal UT Magisterio 2012, cuyo objeto era el de prestar todos los servicios de medicina laboral a los docentes del Magisterio a nivel nacional, siendo enfática en manifestar que a la terminación del contrato de trabajo a los demandantes le fueron canceladas en su totalidad las prestaciones sociales.

La testigo *Fanny Barreto Monroy*, dijo que es la asistente administrativa de la demandada, y que se encuentra vinculada a esta última desde el 3 de marzo de 2017, por lo que conoció a los demandantes en virtud a que ella trabajaba en el Departamento de Recursos Humanos, y cuando los actores ingresaron, efectuó el trámite de afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

Igualmente, precisó que los actores fueron vinculados a través de un contrato de obra o labor, ingresando a laborar en el mes de agosto de 2017, encargándose de registrar toda la información de los riesgos psicosociales, sin que tuviesen que atender pacientes y siempre su labor la desarrollaban dentro de las instalaciones de la demandada.

Que no conocía de manera exacta cuál era el salario de los demandantes, pero dejó asentado que tenían unas bonificaciones conforme lo regula el artículo 128 del C.S.T., donde además adujo que la condición para la terminación de la obra o labor de *Nancy Paola Cristancho Sierra* y *Luis Alberto Clavijo Moreno*, era que culminara el contrato de servicios entre la demandada y la Fiduprevisora S.A., el cual feneció en el mes de noviembre de 2017. Recalcó tener conocimiento que los demandantes habían suscrito el contrato de trabajo, por cuanto el Director de Talento Humano elaboró el contrato, los citó y se los entregó, sin que dichos contratos hubiesen sido allegados a la oficina, constándole dicha situación porque ella archivó en los expedientes de cada demandante toda la documentación.



Por último, señaló que los actores tenían conocimiento de las condiciones contractuales desde el momento en que inició la relación laboral, como quiera que recibieron el contrato de trabajo.

El declarante *José Mayorga Bernal*, auditor de calidad de la demandada, enfatizó que conoció a los demandantes toda vez que trabajó con ellos para el año 2017; que los demandantes eran psicólogos y se encargaban de recolectar datos de riesgo psicosocial, los cuales se les aplicaba a los docentes del Magisterio.

Sintetizó que la demandada tenía un contrato de servicios con la Unión Temporal, así como que los contratos de los demandantes con la pasiva eran de obra o labor contratada, y consistían básicamente en prestar los servicios mientras el contrato con dicha Unión Temporal estaba vigente, de ahí que haya resaltado que los contratos culminaron porque feneció el contrato que suscribió la pasiva con la UT en el mes de noviembre de 2017.

De los testimonios recaudados, se puede colegir que los mismos fueron contestes en preciar que los demandantes desde el momento en que ingresaron a laborar para la demandada, conocían que el contrato que envolvía la relación laboral era de obra o labor contratada, así como que se les realizaba pagos adicionales a su salario base, los cuales no eran constitutivos de salario en los términos establecidos en el artículo 128 del C.S.T., sumado al hecho que la declaración de la señora *Fanny Barreto Monroy*, quien es la asistente administrativa de la pasiva y trabaja en el Departamento de Recursos Humanos, fue enfática en resaltar que *Nancy Paola Cristancho Sierra* y *Luis Alberto Clavijo Moreno* conocieron las condiciones precisas de su vinculación como quiera que al momento de su ingreso, el Director de Talento Humano elaboró su contrato, y les explicó las condiciones que lo envolvían, de ahí que la Sala le asigne total credibilidad a la testigo, ya que es parte del área de recursos humanos, adicional a que su declaración no fue tachada de sospecha.



Adicionalmente, los testigos recalcaron que los contratos de obra o labor de los demandantes siempre fueron con la finalidad de realizar actividades de riesgo psicosocial para el Magisterio, así como que sus contratos estuvieron condicionados al contrato de servicios que suscribió la demandada con la Unión Temporal, vinculación última que se extinguió en el mes de noviembre de 2017, situación que logró ser demostrada por la pasiva con el contrato de prestación de servicios No. 12076-003-2012, el cual fue suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A. como contratante, y la Unión Temporal Medicol Salud 2012 quien funge como contratista, y a su vez la comunicación del 10 de noviembre de 2017 que efectuó de manera formal a la demandada el finiquito del referido contrato de prestación de servicios a partir del 22 de noviembre de 2017; circunstancia por la cual, puede concluirse el conocimiento que tenían los demandantes de que su relación laboral estaba regida por un contrato de obra o labor contratada, aspecto que se acompasa con las Actas de terminación de los vínculos laborales.

Ahora, si bien dentro del proceso no se probó que los demandantes hubiesen suscrito un contrato de trabajo por obra o labor contratada, lo cierto es que como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2600-2018, Radicación No. 69175 del 27 de junio de 2018, la constitución de la mentada modalidad contractual además del contrato de trabajo se puede demostrar con otros medios de convicción, según se advierte a continuación:

“Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada”.

Por lo expuesto, al haber sido vinculados los demandantes a través de un contrato de trabajo de obra o labor, el cual terminó en virtud de la finalización del contrato de prestación de servicios que suscribió la demandada con la Unión Temporal Medicol



Salud 2012, es palmario que el contrato de trabajo se haya extinguido por un modo legal de terminación, por lo que la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

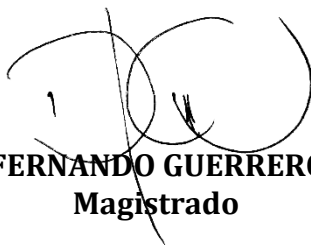
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Rodesto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 000051 01
Demandante: CLAUDIA TOLOSA GARZÓN
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Auto

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Michael Cortázar Camelo* identificada con C.C No. 1.032.435.292 y T.P 289.256 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

En igual sentido, en virtud del poder allegado por *Protección S.A* se procede a reconocer personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Olga Bibiana Hernández Téllez*, identificado con C.C No. 52.532.969 y T.P No 228.020

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, en razón de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Claudia Toloza Garzón*, formuló demanda en contra de *Colpensiones y Protección S.A.*, para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional; por consiguiente, se condene a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes cancelados, y que esta última tenga en cuenta su afiliación sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 12 de agosto de 1963, efectuando aportes al antiguo Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de noviembre de 1993 hasta el 30 de abril de 2000.

Que a partir del mes de mayo de 2000, verificó traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Protección S.A*, sin que el promotor de esta administradora pensional suministrara la información suficiente, amplia y oportuna, con la transparencia necesaria en la exposición de razones, para garantizar su derecho a la toma correcta de selección de régimen pensional, ni se le efectuó y presentó proyecciones del monto de la pensión que le correspondería en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; de igual manera, tampoco se le suministró información idónea y debidamente sustentada, respecto a las ventajas y desventajas que se podrían originar por el traslado de régimen pensional.

Además, la AFP privada le informó sin sustento, que se podría pensionar a la edad que quisiera, con el valor de la mesada pensional sin afectar las expectativas del régimen que traía.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Protección S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra bajo el entendido que la afiliación de la actora es válida, ya que se constituye el traslado en un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.



Que la manifestación de la voluntad de la actora, al elegirla estuvo libre de presión y engaños, ya que tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, ya que la afiliación se hizo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse y un acto válido y existente.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

Colpensiones adujo no constarle sobre la nulidad de la afiliación que efectuó la actora en *Protección S.A.*, por lo que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso en cuanto a los vicios del consentimiento que se alega.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaratoria de otras excepciones.

Luego de que el Despacho llamase oficiosamente a *Colfondos*, como litis consorte necesario, esta se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la afiliación que efectuó la demandante ante sus dependencias, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, por cuanto la hizo de manera libre y voluntaria, en uso de las facultades legales y en ejercicio de la libertad de afiliación establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al igual que resolvió afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y someterse a todas las características y exigencias del mismo.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Igualmente condenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haberse redimido, junto con todos los rendimientos financieros e intereses causados, a su vez ordenando a *Colpensiones*, aceptar el traslado de los dineros que efectúe *Protección S.A.*, para que proceda a activar la afiliación de la demandante.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que de conformidad con lo que se desprende del plenario, la actora se trasladó del otrora Instituto de Seguros Sociales a *Colfondos* en el mes de marzo de 2000, posteriormente se trasladó a ING el 21 de noviembre de 2000, y finalmente a *Protección S.A.* el 31 de diciembre de 2012, según se desprende de la certificación de Asofondos que así lo acredita.

Que *Colfondos*, a pesar de habersele dado la oportunidad no allegó el formulario de afiliación de la actora en el año 2000, por lo que no se encuentra la posibilidad de establecer si entre las partes se hubiese suscrito un negocio jurídico que comprendiera la manifestación de la voluntad, con capacidad para comprometerse con un objeto y una causa lícita. Por tal razón, al no existir la voluntad expresa de la demandante automáticamente es nulo el traslado.

Dijo además que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, información que no se demostró por parte de *Colfondos S.A.* y *Protección S.A.*



Por último, argumentó que, si bien la demandante tiene varios traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con diferentes administradoras de fondos pensionales, ese actuar no extingue la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones formuló recurso de apelación, señalando que si bien no obra dentro del plenario el formulario de afiliación en *Colfondos*, el negocio jurídico sí existió, como lo manifestó la demandante, y posteriormente se trasladó a *Protección S.A.*, sin que se haya demostrado que al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hubiese existido algún vicio. Por otra parte, que de declararse nulo el traslado la capacidad financiera de la entidad se vería afectada.

De igual manera debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.



c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable



de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho*



consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no obra prueba del formulario de afiliación que realizara la actora en *Colfondos S.A*; a pesar de ello, como lo sostuvo el *a-quo*, de la certificación del sistema *SIAFP* se logra colegir que en efecto la señora



Tolosa Garzón se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP referida con fecha de solicitud el 29 de marzo de 2000, siendo efectiva a partir del 1º de mayo del mismo año (Fl. 85).

En tal sentido, al no obrar siquiera la copia del formulario de afiliación, es palmaria la falta de prueba de *Colfondos S.A*, sobre el deber de información que debió realizar en su momento, de ahí que se advierta la ineficacia del traslado de conformidad con los argumentos tanto legales como jurisprudenciales expuestos en precedencia.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *Colfondos S.A*, ya que esta última precisó que no tenía conocimiento de quién era el funcionario que le había suministrado el asesoramiento en su momento a la demandante, máxime si se tiene en cuenta, que como ya se dijo no obra el formulario de afiliación.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Protección S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, y es *Protección S.A.* a donde la actora en la actualidad se encuentra vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como se desprende del SIAFP (Fl. 85), vinculación que se hizo el 31 de diciembre de 2012 y que fue aceptada por la AFP, por lo que es la directamente responsable para efectuar las gestiones del traslado.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar



soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



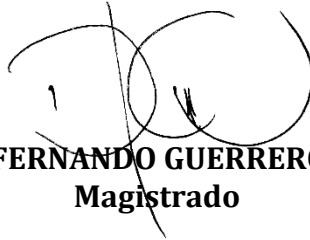
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

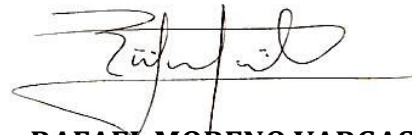
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 20 2019 00060 01
Demandante: JORGE ALBERTO CAMARGO CORTÉS
Demandado: COLFONDOS S.A y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Auto

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctor *Shasha Renata Saleh Mora* identificada con C.C No. 53.106.477 y T.P 192.270 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jorge Alberto Camargo Cortés*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Colfondos S.A y Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de



Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz. Por consiguiente, se condene a *Colfondos S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos intereses, ordenándole a esta última recibirlos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 24 de noviembre de 1958 y a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 60 años de edad; que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 18 de febrero de 1980, cotizando más de 1.000 semanas, hasta el mes de abril de 2004.

Que para el mes de abril de 2004 se encontraba laborando al servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, cuando un representante de la *AFP Colfondos S.A* se acercó a promocionar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, afiliándose sin obtener la información acerca de las consecuencias del traslado, ni el valor posible de la mesada pensional.

Insistió en que *Colfondos S.A* lo hizo incurrir en error al no darle la información correcta para tomar una decisión de forma, libre y voluntaria, sin cumplir con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994.

Por último, puntualizó que *Colfondos S.A* no le informó las consecuencias que acarrearía para una persona que estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el trasladarse cuando tenía más de 46 años de edad y había cumplido el requisito de semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión, ni desplegó ninguna actividad de asesoramiento que le permitieran valorar las consecuencias de la decisión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, aduciendo que no es factible disponer el traslado de régimen pensional, como quiera que se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, toda vez que al momento de solicitar el traslado contaba con 60 años, situación que también regula la sentencia C-1024 de 2004, ratificada en la sentencia C-062 de 2010.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la denominada innominada o genérica.

Colfondos S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones exponiendo que al actor se le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen, informándose las características, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las ventajas y desventajas, y el derecho de responsabilidad que producen los aportes.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizara el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por



Colfondos S.A., ordenándole además reintegrar la totalidad de los aportes, con los rendimientos financieros, a *Colpensiones*.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento del traslado, le corresponde a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado en el plenario, motivo por el cual se trasgredió el deber de información exigible de la accionada, lo que aparece como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que al momento del traslado el actor conocía de las características de cada uno de los regímenes pensionales; a su vez, que debe tenerse en cuenta que de trasladarse se estaría descapitalizando del fondo común que se encuentra en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de ahí que prime el principio de solidaridad.

De igual manera debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones*, a resultar la sentencia adversa a sus intereses y fungir La Nación como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante,*



pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 28 de abril de 2004 (Fl 28), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Colfondos S.A.*, ya que precisó que en su momento al actor no se le realizó ningún tipo de proyección, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por



pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Colfondos S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de



la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



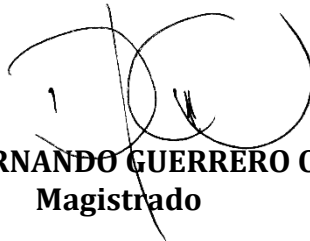
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 35 2019 00094 01
Demandante: XIOMARA JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En virtud del poder de sustitución allegado por la *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la profesional del derecho *Leidy Carolina Fuentes Suarez* identificada con C.C No 1.049.614.551 y T.P No 246.554 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Xiomara Judith Rodríguez Sánchez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Porvenir S.A* y *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el



traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es nulo; por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos rendimientos, ordenándole a esta última recibirlos. De manera subsidiaria, depreca se condene a la AFP a solucionar la mesada pensional a la que accedería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 6 de mayo de 1960 y a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 58 años de edad; que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales, cotizando 407 semanas; que el 14 de enero de 1997 se trasladó a *Porvenir S.A*, siéndole informado que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la mesada pensional sería mayor que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definid, y que el Instituto de Seguros Sociales, sería liquidado, dejando de brindar la información realmente relevante así como la posibilidad que le asistía de retornar.

Que el 17 de septiembre de 2018 solicitó a *Porvenir S.A* un estudio pensional, informándole que la pensión ascendería a \$1.106.000, siendo que en *Colpensiones* sería equivalente a \$2.819.000, evidenciándose una diferencia del 39%, lo cual implica un perjuicio; finalmente que solicitó a *Colpensiones* el traslado, lo que fue negado el 5 de diciembre de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señaló no constarle los hechos de la demanda atinente al traslado de régimen, en cuanto los mismos serían de conocimiento de la AFP;



por otra parte, que la afiliación cuenta con validez, en tanto no se acredita ni evidencia ningún vicio del consentimiento.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones exponiendo que el acto de traslado es válido, toda vez que suscribió el formulario de afiliación el 14 de enero de 1997 de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de la decisión.

Por otra parte, que las afirmaciones aduce la demandante la indujeron al traslado, no pueden tildarse de falsas, toda vez que si es factible obtener una mesada más alta en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que sea dable estimar un vicio del consentimiento, por el hecho que 20 años después de traslado, no se cumplieron las expectativas pensionales. De igual manera, que se verificaron publicaciones en diarios de amplia circulación, la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de mayo de 2020, declaró nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Porvenir S.A*, a quien ordenó trasladar a *Colpensiones*, todos los



aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, así como asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento del traslado, le corresponde a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado en el plenario, motivo por el cual se trasgredió el deber de información exigible de la accionada, lo que aparece como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

De igual manera que se logró establecer en el plenario que la mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sería considerablemente superior, lo que acredita el perjuicio irrogado con ocasión de la deficiente información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. sustentó la alzada en que no se tuvo en cuenta que la accionante confesó que para el año 1997 conocía cuales eran las características y requisitos exigidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a la pensión, así como que el asesor le explicó las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, recibiendo extractos permanentes de la cuenta de ahorro, lo cual ratifica que la decisión fue libre, consciente y voluntaria, tal como además se rubrica en el formulario de afiliación, el cual data del año 1997, fecha para la cual la asesoría consistía en explicar las características del régimen, sin que sea exigible realzar proyecciones pensionales. Finalmente, que no se acreditó vicios del consentimiento.

Por su parte *Colpensiones* inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que el Decreto 2241 de 2010, consagra que el silencio en materia pensional, se debe acoger



como la toma de una decisión consiente, lo cual acontece en el plenario, en tanto tras el traslado, la accionante no manifestó inconformidad alguna; por otra parte, no se acreditó un vicio del consentimiento, confesando la accionante conocer las características y diferencias de los regímenes pensionales, y al ostentar la calidad de comunicadora social, tenía a su alcance acceder a las publicaciones en diarios sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Finalmente, que la decisión implica afectar la sostenibilidad del sistema, por lo cual, además, en caso de no prosperar la alzada, la AFP no podrá descontar suma alguna de dinero a su favor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663



de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se*



predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado a *Porvenir S.A* del 14 de enero de 1997 (Fl 102), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, *a contrario sensu* de lo referido en los recursos de apelación, la accionante en manera alguna confesó que la asesoría consistió en explicar de manera integral las características del régimen pensional, así como las ventajas y desventajas que implicaban en su caso particular el traslado de régimen, en tanto señaló que lo que realmente la motivó a suscribir el formulario fue la posibilidad de pensionarse a una menor edad y que la mesada pensional sería superior a la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por otra parte, si bien confesó que se le anunciaron algunas características, como que el dinero sería administrado en una cuenta de ahorro individual o que los montos son heredables, no señaló que se le haya explicado la manera en que se financia la pensión, ni los montos que debía tener en la cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión, a efectos de soportar la afirmación que su mesada sería superior.

Se debe acotar además que las publicaciones en prensa sobre la posibilidad del traslado, no acreditan en manera alguna el deber de información para la fecha del traslado. De igual manera, no es dable, como lo sostiene *Colpensiones*, suplir el deber de información de la AFP con la falta de reclamación por parte de la accionante, en tanto es la AFP quien tiene a su cargo su cabal cumplimiento, sin que sea dable trasladarlo al afiliado.



En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales,



deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema



todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

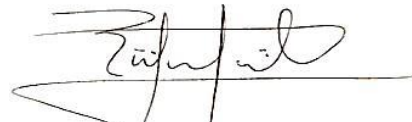
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 34 2019 00129 01
Demandante: NANCY JEANNETTE MORENO MARTÍNEZ
Demandado: PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En atención al poder allegado por Protección S.A se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho *Olga Bibiana Hernández Téllez*, identificada con C.C No 52.532.969 y T.P No 228.020 del C.S.J.

Así mismo, en virtud del poder allegado por Colpensiones se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho *Nicolette Stacy Ruiz Velandia* identificada con C.C No 1.034.291.997 y T.P No 289.295 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Nancy Jeannette Moreno Martínez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Protección S.A. y Colpensiones*, con la finalidad que se declare la existencia de un vicio del consentimiento que la indujo en error en la afiliación que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por *Protección S.A.*; por consiguiente, se declare ineficaz la afiliación realizada con esta última, así como que para todos los efectos legales continúa afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por *Colpensiones*.

Asimismo, que se le condene a la *AFP Protección S.A.*, a realizar la devolución de los aportes con destino a *Colpensiones*, y a su vez que esta la reciba en calidad de afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de diciembre de 1996, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 56 años de edad, empezando a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de febrero de 1981; que cotizó en dicho régimen hasta el año de 1994, cuando fue visitada por un promotor de ventas de la *AFP Protección S.A.*, de ahí que se haya trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Puntualizó, que se le informó que el entonces Instituto de Seguros Sociales sería liquidado y su pensión se iba a perder junto con lo cotizado hasta ese entonces, causándole incertidumbre y zozobra, aunado a que le dijo que su pensión sería mucho más alta en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues obtendría incremento y rentabilidad sobre sus aportes pensionales, y que su prestación se podía obtener antes del cumplimiento de la edad asentado para las pensiones reconocidas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin advertírsele del riesgo y consecuencias negativas que le generaría tal traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en el entendido que la actora se encuentra dentro del marco de una prohibición legal para poderse trasladar de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo regulado en el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, como quiera que a la presentación de la demanda tenía 56 años de edad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la denominada genérica.

Por su parte, la *AFP Protección S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, exponiendo que el ejecutivo de la época, le brindó a la actora una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo era la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se deposita mes a mes sus aportes pensionales, ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión.

Igualmente, se le explicó que el capital es de propiedad del accionante, y por esa razón puede heredarse a falta de beneficiarios, informándosele además sobre la figura de la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de acceder a una pensión, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la denominada innominada o genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, declaró la nulidad del traslado que realizara la acora el 28 de noviembre de 1994 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Protección S.A.*, por lo que le ordenó a esta última reintegrar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora *Nancy Jeannette Moreno Martínez*, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que no se probó dentro del plenario, pues *Protección S.A.*, no aportó medios de convicción respecto de las condiciones por medio de las cuales la actora entraría a ser parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Concluyó además que se presentó un vicio en el consentimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1511 del Código Civil, al no haberse otorgado información oportuna a la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que el traslado por la actora se realizó por plena voluntad, en tanto por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario ante *Protección S.A.* para efectuar el mismo.

Reitera que de conformidad con la previsión del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, se establece la escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, sin que la actora pudiese trasladarse entre regímenes faltándole diez (10) años o menos a la edad exigida



para pensionarse, conforme lo dispone el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, salvo para aquellas personas que tuviesen quince (15) años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, caso que no fue el de la señora *Nancy Jeannette Moreno Martínez*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su



violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 28 de noviembre de 1994, que tuvo fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994 según se desprende de la certificación del sistema SIAFP (Fl. 106), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Protección S.A.*, ya que esta última precisó que en su momento lo informado no quedaba consignado por escrito, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Protección S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan



cochado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen



de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 23 2019 00139 01**
Demandante: **REINALDO PINZÓN GALVÁN**
Demandado: **SEYCO LIMITADA**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Reinaldo Pinzón Galván*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Seyco Limitada*, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1981 y el 5 de febrero de 2018.

Por consiguiente, se condene a la pasiva al pago de salarios por el mes de enero y febrero de 2018, aportes a pensión desde noviembre de 2017 hasta febrero de 2018, aportes a salud desde diciembre de 2017 hasta febrero de 2018, compensación de vacaciones de los años 2016, 2017 y 2018, prima de servicios y auxilio de cesantías para los años 2017 y 2018, intereses a las cesantías, indemnización moratoria e indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor a partir del 7 de noviembre de 1981, desempeñando el cargo de guarda de seguridad, percibiendo una remuneración salarial mensual de un salario mínimo legal mensual vigente, incluido el auxilio de transporte, sin que se le hubiesen cancelado las acreencias laborales expuestas en las pretensiones de la demanda.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Seyco Limitada* se tuvo por notificada por conducta concluyente, sin que hubiese allegado escrito de contestación alguno, por lo que se tuvo por no contestada la demanda mediante proveído del 16 de julio de 2019.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1981 y el 5 de febrero 2018, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de guarda de seguridad. Por consiguiente, condenó a la demandada al pago de salarios insolutos en cuantía de \$1.295.349, auxilio de cesantías por valor de \$1.218.244.74, intereses a las cesantías en un monto de \$167.804.22, prima de servicios en la cuantía de \$1.218.244.74, y compensación de vacaciones por valor de \$701.647,28, rubros que deberán cancelarse debidamente indexados. Adicionalmente, condenó al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, entre los meses de noviembre y diciembre de 2017, y enero y febrero de 2018, teniendo en cuenta un salario de \$1.110.299.



Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que, si bien la demandada no presentó contestación de la demanda, el representante legal en el interrogatorio de parte rendido, indicó que en efecto se había suscrito contrato de trabajo con el demandante por los periodos y cargo anteriormente indicados.

En lo atinente al salario, concluyó que el mismo se logró extraer del IBC de los aportes incluidos en el reporte de semanas cotizadas ante *Colpensiones*, determinándolo luego de promediarlo sobre el último año de servicios. Por ende, condenó por los conceptos y valores anteriormente enunciados, precisando que el Representante Legal de la pasiva confesó adeudar los emolumentos de condena.

Además, respecto de las condenas impuestas por las prestaciones sociales, dispuso descontar la suma de \$2.500.000, en razón a que en el plenario se aportó un pago a la parte demandante sobre dicho monto.

En lo que concierne a la indemnización moratoria, no condenó a esta pretensión bajo el entendido que si bien la demandada entró en proceso de reorganización en los términos de que trata la Ley 1116 de 2006, teniendo como apertura el 18 de marzo de 2019, efectuó abonos a prestaciones sociales debidas como quedó consignado en el proceso, por valor de \$2.500.000, máxime si se tiene en cuenta que el representante legal de la pasiva fue enfático en precisar que la demora en el proceso de reorganización obedeció a que empresas a las que prestó el servicio no le solucionaron lo de su cargo, sin que la demandada haya desconocido la existencia de las obligaciones laborales.

Frente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, concluyó que no se habían pagado y prueba de ello es el reporte de aportes a *Colpensiones*. Negó los aportes a salud por considerar que finalizada la relación laboral dichos pagos pierden su razón de ser.

III.- RECURSO DE APELACIÓN



La parte demandante interpuso recurso de apelación, encontrado su inconformidad bajo el entendido que, si bien la demandada se encuentre en proceso de reorganización y atravesó una crisis económica, no es razón suficiente para demostrar su buena fe, máxime que no se avizoran los estados financieros de la empresa a fin de determinar de qué forma actuó en pro de cumplir con las acreencias laborales.

Puntualizó que a pesar de que la demandada acreditó un pago parcial, este tan solo se aportó dentro del proceso sin que previamente se hubiese tenido conocimiento, lo que advierte la mala fe de la demandada al no comunicarle qué rubros se descontaron en la liquidación, sumado al hecho que, la mala fe de la empresa también se evidencia con la falta de contestación de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá si es dable condenar a la demandada *Seyco Limitada*, a la indemnización por el pago no oportuno de salarios y prestaciones sociales establecida en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:



Sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1981 y el 5 de febrero de 2018, en virtud del cual el señor *Reinaldo Pinzón Galván* desempeñó el cargo de guarda de seguridad, devengando como retribución salarial mensual la suma de \$1.110.299, como así lo sostuvo el *a-quo*, sin que hubiese sido refutado por ninguno de los extremos que conforman la litis.

Tampoco fue reparo las condenas que el fallador de instancia realizara, a excepción de la sanción moratoria en los términos consagrados en el artículo 65 del C.S.T. y que aquí se entra a analizar, así como que la demandada realizó un pago por valor de \$2.500.000, el cual el *a-quo* imputó como pago parcial de las condenas impuestas.

Ahora bien, tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato de trabajo, consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019.



Es justamente este elemento el que consideró el fallador de instancia que se encontraba revestido de buena fe, en tanto la mora en el pago obedeció a que la accionada atravesó un proceso de reorganización empresarial.

No obstante, debe señalarse desde ya, que no son de recibo los estimado por el *a-quo*, en la medida que en el presente evento no se acredita que la encartada actuara de buena fe a la terminación de la relación laboral que le exonere de dicha indemnización prevista por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato.

Ello en tanto encuentra la Sala que si bien a través del auto No. 460-002120 del 18 de marzo de 2019 se admitió la reorganización por la Superintendencia de Sociedades (Fls. 61 a 64); que la entidad emitió un aviso el 1º de abril de 2019, en que se designó como responsable al señor *José Darío Prada Maldonado* (Fls. 65 a 66), quien se posesionó el 28 de marzo de 2019 (Fls. 67 a 69), es solo hasta las mencionadas datas que se verificó que la accionada se encontraba incurso en el trámite de dicho proceso, pese a que se debió haber solucionado la liquidación del contrato de trabajo desde el día siguiente de la culminación de su vínculo laboral, lo cual acaeció el 5 de febrero de 2018, eso es, más de un año con anterioridad a la referida providencia que admitió el proceso de reorganización empresarial, fecha para la cual además, como lo sostiene el recurrente, no se tiene certeza sobre estado financiero de la demandada.

Además, tal situación no demuestra la buena fe de la entidad, pues de vieja data tiene asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la falta de liquidez no exime a la empresa del pago de la sanción moratoria, aunado al hecho que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas. Así, en sentencia SL16884-2016, Radicación No. 40272 del 16 de noviembre de 2016, señaló:

“Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

“[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria,



porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo.

[...]

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar.

Recientemente, el Alto Tribunal en sentencia SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, insiste que el hecho de que una empresa entre en proceso de reorganización, no implica que de manera automática se deba exonerar sobre dicha pretensión, sino que, por el contrario, se debe efectuar un análisis que advierta la buena o mala fe de la endilgada frente a la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales al momento del finiquito del vínculo laboral.

Por los argumentos expuestos, se logra concluir que la actuación de la encartada se encontraba en ausencia de buena fe por no proceder con las obligaciones legales dentro del momento oportuno, esto es, a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, que como se ha dicho, feneció el 5 de febrero de 2018, de ahí que resulte prospera la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

A pesar de lo anterior, se observa que, con la contestación de la demanda, la pasiva acreditó un pago parcial con destino al actor por valor de \$2.5000.000, valores que se cancelaron el 13 de junio de 2018 por \$1.500.000 y el 26 de septiembre de 2018 por \$1.000.000 respectivamente (Fls. 59 a 60).



En tal sentido, como quiera que las condenas ascendieron por concepto de salarios insolutos la suma de \$1.295.349, auxilio de cesantías por valor de \$1.218.244.74, y \$1.218.244.74 por prima de servicios, valores que no fueron refutados por ninguna de las partes, y que en conjunto ascienden a \$3.731.838.48, diferencia que no se advierte significativa frente a la suma solucionada por valor de \$2.500.000, por lo cual la sanción moratoria se liquidará hasta la fecha del último pago, esto, el 26 de septiembre de 2018, toda vez que no se evidencia un actuar de mala fe con posterioridad a tal calenda, en la que el empleador solucionó lo que estimaba adeudar.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., la condena se calculará desde el día siguiente de la culminación de la relación laboral, es decir, el 6 de febrero de 2018, hasta el día en que se realizó el último pago que como se dijo fue el 26 de septiembre de 2018, en razón de un día de salario por cada día de retardo.

En tal sentido, como quiera que el salario básico mensual a la terminación del contrato de trabajo fue la suma de \$1.110.299, el salario diario ascendió a la suma de \$37.009.96, y debido a que los días adeudados por esta sanción son 230, a la demandada deberá condenársele por la suma de \$8.512.290.8, esto de conformidad con las directrices enmarcadas en el numeral 1 del artículo 65 del C.S.T, máxime que la demanda se radicó dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente el fallo de primera instancia, en el sentido de condenar a la accionada al pago de la indemnización moratoria, y se confirmará en lo restante.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

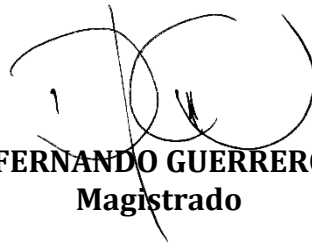
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada, a pagar al demandante por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., la suma de \$8.512.290.8, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

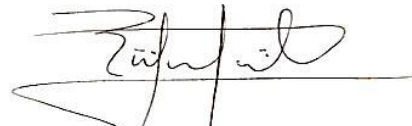
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 03 2019 00141 01
Demandante: GERMÁN ANDRÉS MUÑOZ VARGAS
Demandado: PROSEGUR TECNOLOGÍA S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Germán Andrés Muñoz Díaz*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Prosegur Tecnología S.A.S*, con la finalidad que se declare que la demandada es deudora de las comisiones según avances correspondientes a los contratos suscritos con el Consejo Superior de la Judicatura en la suma de \$11.275.862 y \$5.483.840, por el contrato con la Universidad Católica por valor de \$24.937.113 y el suscrito con la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. por \$223.929.659.

Por consiguiente, se le condene a la pasiva al pago de dichos montos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones adujo que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 1º de agosto de 2014, donde desempeñó el cargo de Asesor de Proyectos, pactándose un salario básico mensual de \$1.382.000.

Que adicional al salario, se pactaron unas comisiones de venta por mensualidades vencidas, por lo que se estableció una tabla respecto al avance en que se encontrara cada proyecto suscrito por los clientes que él consiguió, además que percibió algunas de ellas.

Puntualizó que el 10 de agosto fue despedido, por lo que se le canceló su liquidación, pero teniendo en cuenta únicamente el salario básico, sin aplicársele las comisiones a las que dice tener derecho

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Prosegur Tecnología S.A.S* se opuso a la prosperidad de las pretensiones; manifestó que al actor se le cancelaron todas las comisiones por recaudo de facturación de ventas a que tenía derecho, por lo que las aquí pretendidas corresponden a ventas de otros asesores, de ahí que no tenga derecho a su pago.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demanda, prescripción y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, y declaró probada la excepción de prescripción.



Para arribar a dicha conclusión, manifestó que no hubo controversia el contrato de trabajo a término indefinido que suscribieron las partes por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2014 y el 10 de agosto de 2015.

En lo que respecta al tema de las comisiones, precisó que de conformidad con la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del C.G.P., el demandante no logró acreditar que dichas comisiones se hayan realizado por la gestión directa del demandante respecto de los proyectos que relaciona en el *petitum*. Aunado a lo anterior, adujo que las comisiones pretendidas se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T y el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., toda vez que desde la data de la finalización del contrato de trabajo y la presentación de la demanda, transcurrió el término prescriptivo de tres (3) años consagrados en la norma.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que el fallador de instancia no tuvo en cuenta la duración de los contratos con los que se generaron las comisiones, los cuales advierte que se suscribieron cuando la relación laboral se encontraba vigente. En lo que concierne a la prescripción, sostuvo que el *a-quo* no analizó previamente la conciliación que se solicitó ante la Inspección del Trabajo.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si operó el fenómeno prescriptivo del pago de las comisiones pretendidas.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que advierte la Sala, es que no fue reproche el hecho que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2014 y el 10 de agosto de 2015, respecto del cual el demandante obtuvo como retribución salarial mensual la suma de \$1.382.000, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación del vínculo expedida por la empresa, junto con la aceptación de la pasiva al hecho No. 3 (Fls. 15 a 20, 22 y 79).

Inicialmente debe acotarse que se refiere en la alzada se aduce que no se tuvo en cuenta la duración de los contratos con los que se generaron las comisiones, en tanto se suscribieron cuando la relación laboral se encontraba vigente. No obstante, el hecho de haberse suscrito aquellos contratos en vigencia del contrato de trabajo no implica *per se* que el actor tenga derecho al pago de comisiones, en tanto se debía acreditar de manera fehaciente que los mismos se suscribieron con ocasión de la gestión del actor, lo cual estimó el *a-quo* no fue acreditado, sin que elevara argumento alguno en la alzada frente a dicha consideración.

Ahora bien, si bien en primera instancia se refirió que no se acreditó que el actor tenía derecho al pago de comisiones, procedió a desatar la excepción de prescripción, frente a lo cual se interpuso recurso de apelación, por lo que la Sala se pronunciará frente a la misma, se reitera, pese a haberse concluido no tener derecho al pago de comisiones.



En ese orden de ideas, a efectos de desatar la alzada, estima la Sala que se debe confirmar la decisión de primer grado en tanto en el presente asunto operaría el fenómeno prescriptivo en atención a la excepción que formulara la parte demandada, conforme lo establecen los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, nótese que la finalización del contrato de trabajo ocurrió el 10 de agosto de 2015, como da fe la carta de terminación emitida por la pasiva en la misma calenda (Fl 10), presentándose la demanda el día 27 de noviembre de 2018 como se desprende del acta individual de reparto (Fl. 1), siendo notificada el 5 de julio de 2019 (Fl 78).

Lo anterior indica sin dubitación alguna, que en efecto el señor *Germán Andrés Muñoz Díaz* presentó demanda transcurridos más de tres (3) años, interregno respecto del cual opera el fenómeno de la prescripción conforme lo precisan los articulados expuestos en precedencia.

Ahora, si bien obra dentro del paginario la constancia de una audiencia de conciliación ante la Inspección del Trabajo que se realizara el 24 de octubre de 2018 (Fl. 61), con la que el demandante pretende se tenga en cuenta para efectos de interrumpir el fenómeno prescriptivo, la misma no resulta de asidero para tal efecto, pues se aprecia que la diligencia no se pudo llevar a cabo toda vez que quien allí compareció, fue un abogado en representación de una empresa ajena a la que aquí se demanda, como lo fue *Prosegur Vigilancia y Seguridad Privada Ltda.* cuyo NIT es el identificado como 89040180-0.

Por tal razón, la situación enunciada no se puede en cuenta para la interrupción del fenómeno prescriptivo, y si en gracia de discusión la Sala avalara dicha conciliación, tampoco existiría interrupción, como quiera que al haber finalizado en contrato de trabajo el día 10 de agosto de 2015, el plazo máximo para interrumpir era el 9 de agosto de 2018, y en virtud a que la conciliación se surtió el 24 de octubre de 2018, es palmario



que el término trienal superaría también su límite; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, como quiera que dentro del presente asunto se declaró probada la excepción de prescripción, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 110013105013 201900184 01
Demandante: MARIA HELENA BRICEÑO DELGADO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta entidad a la Dra. *María Helena Fierro García*, identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

Asimismo, con fundamento en el poder allegado por *Porvenir S.A* se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de la mentada entidad al profesional del derecho al Dr. *Fredy Quintero López*, identificado con C.C No 79.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1º de octubre del 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Helena Briceño Delgado* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A*, a efectos de que se declare nulo el traslado efectuado el día 1º de julio del 2001 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se declare como consecuencia su regreso automático a *Colpensiones* y por tanto, la única afiliación válida ha sido la efectuada al



Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 12 de abril de 1963, empezó a cotizar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 5 de junio de 1992 y viene laborando a la fecha como empleada de la Organización Sanitas, devengando como último salario la suma de \$8.700.000 y a la fecha acredita un total de 1024 semanas.

Refiere que el 18 de mayo de 2001 se trasladó a *Porvenir S.A*, lo anterior en virtud de una visita de un asesor comercial de la AFP, quien le informó que de trasladarse de fondo obtendría mejores garantías ya que se pensionaría con una mejor rentabilidad, accedería a una pensión anticipada a los 55 años con \$3.650.000; no obstante, con escrito del 26 de febrero de 2019 le informaron que con el saldo acumulado no alcanzaría una pensión superior a un \$1.000.000.

Aduce que el 25 de febrero del 2019 solicitó a *Colpensiones* la declaratoria de nulidad del traslado y que no existe razón alguna para que no pueda retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 1º de octubre del 2019 decidió no declarar la ineficacia del traslado y en su lugar absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión adujo el *a-quo* que en el presente evento se presenta una afiliación mediada por plena voluntad y consentimiento de la accionante, en tanto la accionante acudió a la AFP a fin de solicitar una vinculación o afiliación inicial, mas no un traslado de régimen, lo cual confesó en el interrogatorio de parte, al señalar que para la fecha del traslado iba a firmar un contrato con la *Armada Nacional*, por lo que dada la premura del tiempo, se acercó a la AFP más cercana, sin que hubiese informado que se encontraba afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales; por dicho motivo a la



AFP no se le puede endilgar una deficiencia en la información frente a un traslado de régimen no anunciado por la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora presenta recurso de apelación en el que en suma indica que si bien es cierto que la actora en el interrogatorio, manifestó que ella se acercó al primer punto que encontró de PORVENIR más cercano a donde ella iba a firmar el contrato, también es cierto, si yo acudo a una AFP, a una Administradora de Fondo Privado, sea a afiliarme o a trasladarme, no es óbice para que un asesor, simplemente si la señora dice yo vengo a afiliarme, yo vengo a afiliarme, lleno el formulario y listo, yo como asesor tengo que darle toda la claridad, toda la información al usuario, si yo como usuario me acerco tengo que tener para despejar la duda porque está en la obligación.

Así mismo, como lo indica el fallo la jurisprudencia dice que debe darle la información, y si una persona se acerca y tiene dudas el asesor se las debe despejar, el asesor debió tener la mínima delicadeza cuando la persona se acercan de pedirle la documentación y verificar que ella ya estaba afiliada y su deber profesional es explicarle, no se puede decir que la demandante hizo todo a su voluntad y el señor simplemente le llenó, porque ella misma dijo.

Conclusión, no fue leal, si el descubre, él mismo llena con su puño y letra, como vemos que no es el puño y letra de ella, el valor que estaba, donde estaba, estaba en el Seguro Social y cuánto devengaba, ya de lógica tenía que decirle, señora este es un traslado, no fue idóneo en darle totalmente información, como ya lo manifestamos en la misma jurisprudencia que usted lo dijo del 2011 de Elsy Cuello, como también reitero la misma Corte Suprema radicado 66852 del 3 de abril de 2019, donde manifiesta que las administradoras de fondos y pensiones deben suministrar la información clara, tenía que decirse y no lo hizo, si la señora no estaba ubicada o tenía dudas, tenía lagunas, el asesor tiene la obligación de brindar la correspondiente información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento



de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 18 de mayo de 2001 (Fl 22), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en



efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida y si bien es cierto que la demandante afirmó que diligenció el formulario debido a que se estaba vinculando laboralmente con la Armada Nacional y le exigían la respectiva afiliación, por lo que debido a la premura del tiempo se acercó a la oficina más cercana que encontró siendo esta la de la AFP *Porvenir S.A.*, lo cierto es que tal suceso en modo alguno relevaba a la AFP hoy demandada de cumplir con su obligación legal de brindar la correspondiente información a la demandante, aclarándole las consecuencias de sus traslado de régimen, en tanto la AFP debió verificar si la demandante se encontraba afiliada al otrora Instituto de Seguros Sociales y por ende, era imperioso brindarle toda la información pertinente, sin que tal dilatación se supere por el hecho de que la demandante de forma voluntaria haya decidido diligenciar el formulario de afiliación, como lo sostiene el fallador de primera instancia.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

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



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

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

V.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1° de octubre de 2019, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de mayo del 2001 con la AFP *Porvenir S.A.*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP *Porvenir S.A.*, trasladar la totalidad valores de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *Colpensiones* a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *María Helena Briceño Delgado*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 04 2019 00186 01
Demandante: NICOLÁS BERNARDO ARBOLEDA TAYAKEE
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la *UGPP*, con ocasión de la sentencia proferida el 23 de octubre por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Nicolás Bernardo Arboleda Tayakee*, formuló demanda en contra de la *UGPP*, con la finalidad que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional al cumplir con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, suscrita entre la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero* y el *Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero*, así como que la prestación se pague en forma compartida con la pensión de vejez reconocida por *Colpensiones*, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad.

Por consiguiente, se le condene a la pasiva al pago de la pensión convencional vitalicia indexando el último salario para liquidar la primera mesada pensional, al pago de las mesadas pensionales de manera compartida a partir del 16 de agosto de 2012 y debidamente indexadas, con 14 mesadas pensionales al año.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de agosto de 1957, por lo que cumplió 58 años de edad el 16 de agosto de 2012. Que prestó sus servicios para la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero*, prestando sus servicios en la Oficina de Yarumal – Antioquia en el cargo de Director V – Grado 11, a partir del 13 de octubre de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, siendo el salario devengado durante el último año de servicios, la suma de \$1.468.917.

Adujo que la encartada negó su prestación convencional mediante Resoluciones RDP 030897, RDP 035041 y RDP 037791 de 2014; por otra parte, *Colpensiones* en Resolución GNR 155014 de 2016 le reconoció la pensión de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *UGPP* contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que en atención a los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el actor no acreditó los mismos al 31 de julio de 2010, plazo máximo para acceder a esta prestación según lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, de ahí que no sea beneficiario de la pensión convencional.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 16 de agosto de 2012, en cuantía inicial de \$2.082.188 y sobre 14 mesadas pensionales al año, dejando en claro que la encartada solo deberá reconocer el mayor valor que existe entre la pensión legal que reconoció *Colpensiones* y la pensión



convencional, en un valor inicial de \$489.570, junto con la indexación de las sumas que se adeudan por concepto de mayores valores causados.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que era posible estudiar el derecho pensional en atención de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998 – 1999, por cuanto la misma se aportó con el correspondiente depósito de conformidad con lo establecido en el artículo 469 del C.S.T.

Por otra parte, vistos los medios probatorios aportados, determinó que el actor cumplió con los que exigía la Convención Colectiva de Trabajo, en virtud a que trabajó más de 20 años y cumplió la edad de 55 años.

Si bien el requisito de la edad lo cumplió en el año 2012, esto es, por fuera del término consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha accedido al reconocimiento pensional para aquellos eventos en que la prestación económica se cause con el cumplimiento de los requisitos del tiempo laborado y terminación del vínculo laboral, siendo la edad necesaria únicamente para la estructuración de la fecha del disfrute, aspectos que acaecen en el presente evento, por cuanto la pensión se causó en el año 1999, fecha en la cual se dio por terminada la relación laboral.

En cuanto a la mesada 14, adujo que se causó bajo el entendido que la pensión de jubilación convencional se causó con el retiro del servicio y el tiempo laborado, aspectos que acreditó el actor con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

También advirtió que Colpensiones reconoció al actor pensión de jubilación a partir del 16 de agosto de 2012, de ahí que haya concluido que sea compartida con la convencional, por lo que ordenó que la *UGPP* pagara el mayor valor, el cual asciende en la suma de \$489.570.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, por lo que dispuso que las mesadas con anterioridad al 4 de marzo de 2016.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



La parte demandante apeló la sentencia, para que se revise el monto de la mesada pensional determinada, ya que a su juicio asciende a la suma de \$2.360.561.

La *UGPP* expuso en su apelación que el actor no cumple con los requisitos de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 – 1999, pues conforme lo regula el Acto Legislativo 01 de 2005, al 31 de julio de 2010, fecha límite de vigencia de las convenciones colectivas, el actor tan solo contaba con 52 años de edad, aunado a que al 16 de marzo de 1992, tampoco contaba con el requisito de 18 años o más de servicios.

De igual manera, que el demandante en la actualidad se encuentra pensionado por vejez a través de *Colpensiones*, por lo que dentro del presente asunto se presenta una incompatibilidad de pensiones.

Por otra parte debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la *UGPP*, por cuanto fue condenada y funge La Nación como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, se estudiará si al demandante le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 de SINTRACREDITARIO; asimismo, si en consecuencia es beneficiario de la pensión convencional.



De prosperar el derecho pensional, la Sala deberá establecer si la cuantía y fecha del reconocimiento de la misma, se encuentra ajustada a derecho, ello en atención al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el proceso en favor de la encartada.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión que entre el actor y la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 1977 y el 27 de junio de 1999, cuyo último cargo fue el de Director V, Grado 11, en la Oficina de Yarumal – Antioquia, conforme da fe la certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 16 de junio de 2014 (Fl. 22).

Tampoco el hecho que al demandante Colpensiones le reconoció mediante Resolución GNR 155014 del 25 de mayo de 2016, una pensión de jubilación en los términos de que trata la Ley 33 de 1985, a partir del 16 de agosto de 2012, en cuantía inicial de \$1.592.618.

Asimismo, se aprecia la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre SINTRACREDITARIO y la Caja Agraria de 1998-1999 (Fls. 48 a 79), la que le es aplicable al demandante, pues estuvo vinculado laboralmente a la extinta Caja Agraria para dicha época, máxime la cual figura con fecha de depósito el 17 de abril de 1998 (Fl. 48), y que gozaba de plena vigencia al momento en que feneció la relación laboral entre las partes.

De la misma manera, de conformidad con la citada Convención, le es aplicable al demandante, como quiera que el cargo que desempeñó no se enmarca dentro de los exceptuados en el artículo 4º, ya que dicha disposición contempla:

“Lo beneficiarios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción del Gerente General o Presidente, quien es empleado público y de los siguientes trabajadores oficiales: Vicepresidentes, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de Orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales,



*Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Asesor Especial de la Presidencia Grado 31, Asistente de la Presidencia, Secretario Privado de Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, Directores de Oficina Grado 16 a Grado 50 discriminados así: 2 Directores Grado 28, 12 Directores Grado 26, 20 Directores 24, 11 Directores Grado 21, 23 Directores Grado 18, 23 Directores Grado 16, Suplente de Revisor Fiscal, Delegados de Revisoría Fiscal (Antes Asistentes de Auditoría General), Asistente Delegado Grado 24.
(....)”*

Dicho esto, entra la Sala a determinar si el actor cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional del artículo 41 de la citada Convención Colectiva de Trabajo, el cual señala:

“ARTÍCULO 41: PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

“(...

“PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución”.

De conformidad con la certificación laboral aportada (Fl 22) y la liquidación hecha por parte de la extinta *Caja Agraria* el 1 de octubre de 1999 (Fl 20), se aprecia que al momento del despido, el señor *Arboleda Tayakee* contaba con 21 años, 8 meses y 14 días de servicios. Es así que el actor cumple con el primer requisito para causar la pensión convencional del artículo 41, y esto es haber sido empleado al servicio de la *Caja Agraria* por 20 años o más.

Por otra parte, y en punto de verificar el cumplimiento del segundo requisito, esto es la edad, se aprecia que de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía aportada por la parte activa, el demandante nació el 16 de agosto de 1957 (Fl. 18), cumpliendo la edad en la misma fecha del año 2012, encontrándose, en principio, fuera del término de vigencia



de las pensiones convencionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, como señaló la *UGPP* en su recurso de apelación.

A ese respecto, conviene citar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL526 de 2018, Radicación No. 63158 del 14 de febrero de 2018, en la cual, al resolver un caso análogo por los supuestos de hecho del asunto, señaló que:

“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.”

Ello, por cuanto considera la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en el caso de los extrabajadores los cuales son beneficiarios de una prestación pensional, la causación de la misma no está sujeta a la existencia del vínculo laboral o jurídico alguno, y por ser una condición individual, debe considerarse como requisito para su disfrute, exigibilidad o goce.

Es así, que la pensión del actor se entiende causada desde el momento en que concurrieron los requisitos del tiempo de servicios, 20 años, y su desvinculación de la empresa, esto es el 28 de junio de 1999, por lo cual en este aspecto no le asiste razón a la apoderada de la demandada *UGPP*, toda vez que para el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que perderían vigencia las pensiones de carácter convencional, el actor ya tenía un derecho adquirido y estaba estructurada su pensión de vejez en los términos de la convención colectiva, siendo la edad, que cumplió el 16 de agosto de 2012, requisito para disfrute o goce de la misma.

Al unísono, el Alto Tribunal en reciente jurisprudencia, sentencia SL2798-2020, Radicación No. 61320 del 15 de julio de 2020, realizó la exposición sobre la aplicabilidad de convenciones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que las mismas se extendían hasta el 31 de julio de 2010, como sucede con la del caso que nos ocupa; circunstancia por la cual, se afirma más aún el hecho de que el demandante sea merecedor de la pensión convencional deprecada.



Por lo anterior, el recurso de apelación de la parte demandada no prospera y en ese sentido habrá de confirmarse el fallo impugnado en los aspectos mencionados.

De la compartibilidad pensional y el monto de la mesada pensional:

Presenta inconformidad la demandada en que se presenta un doble pago entre la pensión que reconoció Colpensiones y la que aquí se otorga.

Al respecto, La Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad sólo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 27 de junio de 1999, habrá de confirmarse en lo que respecta a que la pensión aquí reconocida es de carácter compartida con la reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 155014 del 25 de mayo de 2016 a partir del 16 de agosto de 2012 en cuantía inicial de \$1.592.618 (Fls. 42 a 47), siendo a cuenta de la *UGPP* el mayor valor si existiere, de ahí que no haya lugar a despachar de manera favorable los argumentos expuestos por la pasiva.

Ahora, si bien como lo sostuvo la falladora de instancia el actor es merecedor de la pensión convencional a partir del 16 de agosto de 2012, fecha en que cumplió los 55 años de edad, no atendió lo consagrado en la misma disposición convencional para efectos de calcular la mesada pensional.

En este punto, debe advertirse que en cuanto a la forma de liquidar la pensión convencional, el Parágrafo 3º de su artículo 41 regula la forma de la siguiente manera :



“Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo: último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

De la anterior lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2954-2020, Radicación No. 706640 del 3 de agosto de 2020, analizó un caso de similares condiciones, donde sostuvo la forma de liquidar la prestación de la siguiente manera:

“A efectos de calcular la prestación, se observa que la tasa de reemplazo y el monto de “la misma corresponde el 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y, para liquidarla, se toman dos factores, uno fijo, comprendido por el último sueldo básico, más las primas de antigüedad y prima técnica si se devengó y otro variable, conformado por el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados viáticos devengados durante 180 días o más, así como el valor de la sobre remuneración en el caso de desempeñar cargos superiores; cantidades que deben sumarse y dividirlos entre 12 y al resultado así obtenido, se le aplica el 75 %.

Teniendo en cuenta lo anterior, a folios 23 a 24 del cuaderno principal, reposa una certificación del coordinador del grupo integral de entidades liquidadas, donde se sumaron los factores fijos y variables percibidos por la demandante en el último año de servicio, para un total de \$1.034.594, valor que se utilizara para realizar los cálculos respectivos, advirtiendo que en este asunto es viable indexar ese monto desde la fecha de desvinculación, 27 de junio de 1999, hasta el momento en que arribó a los 50 años de edad, 10 de octubre de 2011 (al efecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de casación CSJ SL736-2013)”.

Puestas así las cosas, a folio 22 reposa el certificado que emitiera la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de entidades liquidadas, misma que de la que se había hecho mención,



donde se refleja que al actor en el último año de servicios devengó un total de \$1.468.917, donde se sumaron factores fijos y variables.

Frente al primer factor fijo, el mismo comprende el sueldo básico en la suma de \$791.365, junto con la prima de antigüedad por valor de \$261.151, rubros que arrojan un total de \$1.052.516.

Frente al segundo factor, se tuvieron en cuenta la prima de junio de 1998 en \$22.001, prima de diciembre de 1998 en \$1.773.404, prima de junio de 1999 en \$1.552.462, prima escolar de 19999 en \$526.258, así como la prima de vacaciones en \$1.122.683, emolumentos que divididos entre 12 arrojan un total de 416.400.

Por consiguiente, sumados los dos factores regulados en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el monto a tener en cuenta para efectos de la liquidación es la suma de \$1.468.916, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75%, se colige el monto a tener en cuenta para calcular la mesada pensional es la suma de \$1.101.687, por lo que la decisión de primer grado se modificará parcialmente al monto de la primera mesada pensional, máxime si se tiene en cuenta que el demandante en nada precisó en su alzada los factores salariales a tener en cuenta dentro del recurso de alzada.

En lo que refiere a la mesada 14, hay lugar a la misma, pues al haberse causado la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es palmario que su procedencia es de recibo para la Sala.

Respecto de la excepción de prescripción, le asiste razón a la falladora de instancia respecto de la forma en que la analizó, para concluir que había operado de manera parcial la prescripción de las mesadas con anterioridad al 4 de marzo de 2016.

Ello, por cuanto al haber cumplido los 55 años de edad el 16 de agosto de 2012, revisadas las Resoluciones RDP 030897 del 10 de octubre de 2014, RDP 035041 del 18 de noviembre de 2014 y RDP 037791 del 15 de diciembre de 2014 (Fls. 30 a 41), existió prescripción de las mesadas, ya que el demandante elevó la solicitud de la pensión el 27 de junio de 2014,



quedándose suspendida la reclamación administrativa hasta tanto la entidad resolvió en sede de apelación la negativa del derecho por intermedio de la ya referida Resolución RDP 037791 del 15 de diciembre de 2014, y que fuese notificada el 7 de enero de 2015 (Fl. 38), lo que se acompasa con lo establecido en el artículo 6º del C.P.T y de la S.S, pero al haberse presentado la demanda el 4 de marzo de 2019 (Fls. 81), es palmario que término trienal de que tratan los artículos 488 del C.S.T. y 155 del C.P.T y de la S.S. excedió.

De ahí, que la *a quo* hubiese declarado prescritas las mesadas con anterioridad al 4 de marzo de 2016, por lo que se mantendrá incólume ésta última calenda.

Bajo este derrotero, la liquidación se efectúa desde el 4 de marzo de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2020, con 14 mesadas pensionales al año, y haciendo la distinción de lo pagado por Colpensiones y lo reconocido en esta prestación año tras año para así determinar cuál es el mayor valor que debe pagar la pasiva como consecuencia de la compartibilidad pensional de la siguiente manera:

TABLA DE INDEXACIÓN							
Último Salario	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de indexación	Valor Indexado	
(C)			(A) última anualidad (diciembre 1998)	(B) última anualidad (diciembre 2011)	(F) = (B/A)	(C X F)	
\$ 1.101.687,00	27/06/1999	16/08/2012	36,42436	76,19171	2,091778986	\$ 2.304.486	
Último Salario Indexado						\$ 2.304.486	
						75,00%	
						\$ 1.728.364	
AÑO	IPC	PENSIÓN RECONOCIDA EN SEDE JUDICIAL	PENSIÓN RECONOCIDA POR LA CAJA AGRARIA	PENSIÓN RECONOCIDA POR COLPENSIONES	DIFERENCIA PENDIENTE POR PAGAR	NUMERO DE MESADAS	RETROACTIVO
2012	2,44%	\$ 1.728.364		\$ 1.592.618,00	\$ 135.746,00		
2013	1,94%	\$ 1.770.536		\$ 1.631.478,00	\$ 139.058,08		
2014	3,66%	\$ 1.804.884		\$ 1.663.129,00	\$ 141.755,48		
2015	6,77%	\$ 1.870.943		\$ 1.724.000,00	\$ 146.943,25		
2016	5,75%	\$ 1.997.606		\$ 1.840.715,00	\$ 156.891,11	12,86	\$ 2.017.619,70
2017	4,09%	\$ 2.112.468		\$ 1.946.556,11	\$ 165.912,35	14	\$ 2.322.772,91
2018	3,18%	\$ 2.198.868		\$ 2.026.170,26	\$ 172.698,17	14	\$ 2.417.774,32
2019	3,80%	\$ 2.268.792		\$ 2.090.602,47	\$ 178.189,97	14	\$ 2.494.659,55
2020	3,80%	\$ 2.355.007		\$ 2.170.045,37	\$ 184.961,19	10	\$ 1.849.611,86
						TOTAL	\$ 11.102.438,34



Así las cosas, se tiene que para el 2016 la mesada pensional ascendió en la suma de \$1.997.606, por lo que se condenará a la demandada pagar a favor del actor el mayor valor de la pensión aquí reconocida con la otorgada por *Colpensiones*, a partir del 4 de marzo de 2016, a razón de 14 mesadas pensionales, el cual genera un retroactivo hasta el 30 de septiembre de 2020 por valor de \$11.102.438.34, más el que se genere a futuro, dejándose de presente que el valor del retroactivo deberá ser indexado entre la causación de cada mesada y la de su pago. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, en el sentido que la primera mesada pensional que se reconociera al demandante por concepto de la pensión convencional a partir del 16 de agosto de 2012, asciende a la suma de \$1.728.364.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** a la UGPP pagar a favor del actor el mayor valor de la pensión convencional aquí reconocida con la otorgada por *Colpensiones*, el retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 2016 y el 30 de septiembre de 2020, a razón de 14 mesadas pensionales, en la suma de \$11.102.438.34, más el que se genere a futuro, dejándose de presente que el valor del retroactivo deberá ser indexado entre la causación de cada mesada y la de su pago.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2019 00207 01
Demandante: LEOVIGILDO NIÑO ROZO
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
 NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante como quiera que la decisión de primer fue adversa a sus pedimentos.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Leovigildo Niño Rozo*, formuló demanda en contra del *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, con la finalidad de que se ordene que la pasiva de reajustar a su favor la mesada pensional equivalente al 15%, conforme lo dispone la Ley 4ª de 1976 a partir del 1º de enero de 2001 y hasta cuando se efectúe el pago debidamente indexado, junto con las diferencias resultantes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones señaló que mediante Resolución No. 0141 de 1993, adquirió el estatus pensional en la Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia,



de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1980, artículos 20 y 23; que los reajustes pensionales hasta el año de 1999 cumplieron con lo ordenado en la Convención Colectiva, en el entendido que siempre superaron el 15%, pero desde el año 2000, han estado por debajo del 15%, porcentaje que lo regula el Parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, y que fue acogido por las Convenciones Colectivas de Trabajo de 1980 y 1992.

Puntualizó que la demandada ha venido aplicando los incrementos según lo ordenado por el Gobierno Nacional para el régimen pensional general, ignorando que nos encontramos frente a un régimen especial regido por la convención ya enunciada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el demandante se desvinculó de manera definitiva de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia el 4 de marzo de 1983, y al momento de entrar a disfrutar su prestación y hasta la actualidad se le han efectuado la totalidad de los ajustes de carácter legal a los que tenía legítimo derecho y que fueron ordenados por el Gobierno Nacional.

Frente a la presunta inaplicación de la Ley 4ª de 1976, refiere que dicha disposición consagró unos reajustes sobre las pensiones de jubilación del sector oficial, lo que tuvo vigencia hasta el año de 1988, fecha anterior a la del retiro del demandante.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, no reunir los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiario de la prestación solicitada, prescripción, presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos, y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que si bien al demandante se le reconoció una pensión en vigencia de la Ley 4ª de 1976, ello no implica que sus incrementos legales permanecieran incólumes en el transcurrir del tiempo, toda vez que los reajustes allí previstos fueron derogados por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, cuya finalidad no fue otra distinta a regular los incrementos de las pensiones en igual proporción al del S.M.L.M.V., variando así el régimen previsto en la mencionada Ley 4ª de 1976.

De ahí que no resulte procedente el reajuste deprecado, máxime si con la entrada en vigencia del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, quedó derogada las disposiciones que consagraba la proporción en que se realizan los aumentos de las mesadas pensionales que incorporó el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del reajuste de la mesada pensional en un 15%, de conformidad con lo establecido en la Ley 4ª de 1976.

c. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anterior, sea lo primero indicar el demandante pretende su reajuste pensional, basado en disposiciones convencionales.

Al respecto, del expediente administrativo aportado por la encartada, se aprecia que en efecto al demandante mediante Resolución No. 0141 del 4 de marzo de 1983, se le reconoció una pensión de jubilación de conformidad con las normas convencionales existentes en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 26 de marzo de 1980.

A pesar de ello, la pasiva en Resolución No. 905 del 9 de septiembre de 1983, modificó la mentada Resolución No. 0141 del 4 de marzo de 1983, en el entendido que al actor le fue otorgada una pensión plena de jubilación, a partir del 16 de junio de 1983, con ocasión de haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 53 de 1945 a partir del 16 de junio de 1983; circunstancia por la cual, al haber sido reconocida una pensión de carácter legal, el derecho pensional que aquí se deprecia, no será analizado sobre las situaciones convencionales alegadas, sino por las normativas legales que rigen la materia.

En tal sentido, los reajustes pensionales los consagraba en primera oportunidad la Ley 4ª de 1976 en su artículo 1º, la cual consagró:

“Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las



pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

“Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

“Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

“Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2 de este Artículo.

“Parágrafo 1º.- *Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.*

“Parágrafo 2º.- *Los reajustes a que se refiere este Artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.*

“Parágrafo 3º.- *En ningún caso el reajuste de que trata este Artículo será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto.”*

Dicha disposición era la regla general para el momento de su vigencia, entendida esta en que su reajuste legal regía en toda su anualidad, admitiéndose excepcionalmente reajustes en calendas diferentes con ocasión a que el salario mínimo se modificara; por tanto, en esa oportunidad el monto debía igualarse con dicho salario las pensiones que fueran inferiores al mínimo más alto, adicional a que si transcurrido el año sin elevarse el salario mínimo legal más alto, el reajuste debía ser establecido con el valor del incremento determinado en el nivel general de los salarios que se registrara durante los últimos doce (12) meses.



Después de la Ley 4ª de 1976, se expidió la Ley 71 de 1988, que empezó a regir a partir del 19 de diciembre de 1988, que dispuso la forma de reajuste de las pensiones tratadas por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, exponiendo:

***“Artículo 1.-** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

***Parágrafo.** - Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo”.*

Significa que, se toma como base del reajuste, el incremento anual del salario mínimo, pero a diferencia del sistema regulado bajo la ley 4ª de 1976, se fijó como monto de reajuste, el que se incrementaba por el Gobierno Nacional para el año correspondiente.

Frente al monto de la pensión, la Ley 71 de 1988 también fue enfática en su artículo 2º que no podía ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni exceder quince (15) veces dicho salario.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 decantó que a partir de su expedición, por regla general, todas las pensiones deben ser reajustadas anualmente y en forma oficiosa, atendiendo la variación de porcentajes de los índices de precios al consumidor que certifique el DANE para el año inmediatamente anterior, y que las prestaciones de un salario mínimo, se incrementarían conforme al salario determinado por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, como lo sostuvo la falladora de instancia, si bien el demandante ostentó una pensión de jubilación durante la vigencia de la 4ª de 1976, más precisamente el 16 de junio de 1983, tal situación no implicaba que los incrementos anuales se mantuviesen en el tiempo, pues conforme al recuento normativo expuesto en precedencia, es palmario que los mismos cambiaron ostensiblemente dependiendo la vigencia de las demás normativas, que lo fueron la Ley 71 de 1988 que entró a regir a



partir del 19 de diciembre de 1988, y posteriormente la Ley 100 de 1993 que empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994, y para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal desde el 30 de junio de 1995, según fuere el caso.

Al unísono, vale la pena traer a colación lo reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3231-2020, Radicación No. 78338 del 18 de agosto de 2020, donde citó la sentencia SL4337-2019, Radicación No. 69552 del 9 de octubre de 2019, última que expresó:

“Así las cosas, resulta necesario recordar que esta Sala de la Corte, ha sostenido reiteradamente que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue modificado por el precepto 14 de la Ley 100 de 1993; al efecto vale la pena traer a colación la sentencia SL6489-2015, en la que se memoró lo dicho en las providencias CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 36296, CSJ SL, 11 mar, 2009, rad. 35213, en la que se dijo:

“Como bien lo determinó el Juez Colegiado, el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 fue derogado, es así que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 dispuso expresamente que “Las pensiones a que se refiere el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” (resalta la Sala), y en estas condiciones si hay incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley que antes regía.

“A su vez, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 fue modificado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, norma que es la aplicable al asunto debatido, tal y como lo concluyó el fallador de alzada.

“En Colombia las pensiones han tenido distintas formas de reajuste, en ejemplos que no son exhaustivos, pasamos de incrementos cada dos años en la Ley 10 de 1972, de acuerdo al porcentaje de variación del IPC del bienio anterior, a la formula prevista en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 «[...] una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto». Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, esto es, desde el 1º de enero de 1989 se incrementan las pensiones en la misma proporción y al mismo tiempo en el que aumentaba el salario mínimo; estos sistemas eventualmente, representaban la pérdida del poder adquisitivo de los jubilados en comparación



con los trabajadores activos, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL, 21 mar. 1995, rad. 6960.

“Pero cada sistema llegaba para remplazar el anterior, por efectos del carácter de orden público que tienen las normas laborales y su aplicación inmediata, como lo expone el artículo 16 del CST; así, es fácil concluir que la fórmula, porcentaje o factor, utilizado para el reajuste pensional, no constituye un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues no obstante su consagración legal, puede ser regulado por el legislador, en consonancia con el artículo 46 de la Constitución Política, dado que el reajuste tiene por objeto proteger a las personas con el status de pensionados, con la finalidad de que ese importe o la mesada no pierda su capacidad adquisitiva y afecte su modo de vida”.

Extracción que dedujo del criterio enfatizado por la Corte Constitucional en la sentencia C - 110 de 2006:

“Así las cosas, en el entendido que las normas laborales son por expresa disposición legal de orden público y de aplicación inmediata (C.S.T. art. 16), se tiene que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho éste que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año tal y como aparece registrado en el Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1988. Por tanto, el reajuste conforme al promedio que resultara entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, previsto en el artículo 1° de la Ley 4 de 1976 y cuestionado por el actor, sólo rigió hasta el año de 1988.

“A partir del 1° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.

“De lo anterior se concluye que, en la actualidad, a los pensionados bajo la vigencia de la ley 4ª de 1976 no se les reajusta la pensión con base en dicha ley, como equivocadamente lo sostiene el demandante, sino que, al igual que todos los demás



pensionados, el reajuste se lleva a cabo siguiendo la formula prevista en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes”.

Es así, que se reafirme la negativa de aplicar el reajuste de la pensión del demandante a la luz de la Ley 4ª de 1976, ya que con la entrada en vigencia del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se derogaron las disposiciones de la forma de reajustar la pensión de la primera normativa aquí referenciada, de lo que se puede colegir que al actor no le asiste derecho alguno en los términos pretendidos.

Por último, se deja asentado que si bien dentro del expediente administrativo yace una certificación expedida por la pasiva atinente por intermedio del área del grupo interno de gestión de prestaciones económicas, que advierte que al actor le fue reajustada su mesada pensional en porcentajes incluso por encima del 15% desde el año de 1983 hasta 1999, dicha situación ocurrió por cuanto, como se ha dicho, en vigencia de la Ley 4ª de 1976 y 71 de 1988, existía una forma de reajustar las pensiones con incrementos específicos, por lo que era lógico que la encartada tuviera que hacer lo de su cargo, más aún si como lo sostuvo el actor en la demanda, su inconformidad se presentó para el año 2001 y en adelante.

Sumado al hecho que los IPC de los años 1995 a 1999, tampoco arrojaron un porcentaje inferior al 15%, y desde el año 2000 y en adelante, el mentado IPC no era superior al 15% que se le venía reconociendo cada anualidad; circunstancia por la cual, puede concluirse que al señor *Leovigildo Niño Rozo* no le asiste el derecho a que su pensión se reajuste y en tal sentido, la decisión de primer grado se confirmará. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



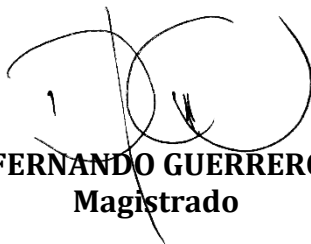
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 2019 00218 01
Demandante: MILLER MUÑOZ ORTEGA
Demandado: ALLIANZ SEGUROS S.A Y NOWA ABOGADOS S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Miller Muñoz Ortega*, instauró demanda ordinaria en contra de *Allianz Seguros S.A y Nowa Abogados S.A.S*, a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de octubre del 2016 y el 1° de septiembre del 2017, devengando un salario promedio mensual de \$4.000.000, el que finalizó por causas imputables al empleador.

Consecuencialmente, solicita se condene a la demandada a pagar al actor el auxilio de cesantías, intereses de cesantías, primas legales, compensación de vacaciones, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la sanción por no consignación de las cesantías, las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que el 18 de octubre del 2016 suscribió contrato de prestación de servicios con *Nowa Abogados S.A.S*, cuyo objeto era prestar



asesoría jurídica a la sociedad *Allianz Seguros S.A*, contrato que ejecutó entre el 18 de octubre del 2016 y el 1° de septiembre del 2017.

Afirma que prestaba sus servicios en Fontibón, debiendo estar en disponibilidad las 24 horas del día, ello con el fin de hacer reacciones de servicios en los sitios que las accionadas le indicaran; refiere que el pago se acordó mediante transferencia electrónica a cuenta en Bancolombia, pactando un básico de \$500.000, más \$70.000 para reacción y asesoría de choque simple y \$130.000 por choque con lesión y con homicidio culposo, percibiendo mensualmente \$4.000.000.

Afirma que fue contratado para prestar los servicios de asesoría legal en accidentes de tránsito a personas que tenían pólizas de seguros, siendo sus jefes *Diana Marcela Uribe Panesso* y *Nelson Andrés Lozada Sanabria*.

Refiere que los abogados de las accionadas establecían los procedimientos a desarrollar, debiéndose presentarse como abogado de *Allianz Seguros S.A*, utilizando la papelería y carné de dicha sociedad. Además, estaba obligado a asistir a los sitios donde lo enviaban a reaccionar y a prestar asesoría jurídica con uniforme de *Allianz Seguros S.A*, suministrándole un teléfono celular controlar las llegadas a los sitios asignados por la línea de servicio, brindándole constantes capacitaciones.

Afirma que debía cancelar los gastos de movilización, los aportes a seguridad social y estar disponible las 24 horas del día, contestando inmediatamente las asignaciones realizadas por las demandadas, siendo calificado por sus servicios en forma periódica; finalmente que recibía bonificaciones y premios como salario y bonos regalo, rindiendo informes diarios de las labores asignadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Allianz Seguros S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones indicando que entre dicha entidad y *Nowa Abogados S.A.S* se suscribió un contrato de prestación de servicios cuyo objeto contractual era la asesoría y asistencia jurídica en los casos de accidentes de tránsito en los cuales se encuentre involucrado un vehículo asegurado en una póliza de automóviles, servicio que era prestado por *Nowa Abogados S.A.S* indistintamente con la persona que se hiciera.



Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, mala fe de la demandante, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, inexistencia de solidaridad y compensación.

La demandada *Nowa Abogados S.A.S* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que la relación contractual que existió entre las partes fue de naturaleza civil y en acatamiento de los principios y deberes profesionales.

Propuso como medios exceptivos previos los que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones y cosa juzgada. Así mismo, como medios exceptivos de mérito, propuso los que denominó pago y buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción, cosa juzgada y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019, decidió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión manifestó que el representante legal de la demandada *Nowa Abogados S.A.S* confesó la prestación personal del servicio entre el 18 de octubre de 2016 y el 1º de septiembre de 2017, aunado a ello que se aportó el contrato de prestación de servicios profesionales; de igual manera que de la documental denominada "*política anticorrupción corporativa*", no se puede inferir válidamente que exista subordinación o dependencia, lo que también se predica de la documental atinente a la definición y procedimientos para atender el accidente de tránsito y de la declaración de compromisos empresariales suscrita por el actor.

Respecto de la testimonial aduce que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T, en tanto se refirió que el actor prestó servicios profesionales independientes e incluso que frente a la información que se publicaba por mensajes de datos, eran los abogados quienes decidían si tomaban o no el caso, sin ninguna consecuencia negativa.

De otra parte, que se allegó un documento denominado "*Acto de terminación anticipada*", por mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios, en cuya parte



considerativa se deja constancia de la inexistencia de subordinación y de un contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, no obstante, dicha documental no reúne las características de la transacción.

Finalmente, que se avizoran irregularidades e inconsistencia frente al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social por el actor, por lo que dispuso compulsar copias a la UGPP y a la Fiscalía General de la Nación.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte *demandante* apeló la sentencia, manifestando en síntesis que se desconocieron las circunstancias de tiempo, modo, lugar en las que el actor prestó el servicio a las accionadas, en tanto debía estar en disponibilidad, acatando exclusividad y usando insumos y elementos de las demandadas; por parte en la prueba testimonial se refirió que al actor se le asignó la zona de Fontibón, y el contador aseveró que existía un pago mensual de \$500.000;

Que no existía autonomía e independencia en la prestación del servicio, en tanto debía acatar un protocolo de trabajo, que incluía la manera en que debía atender los eventos asignados, realizándose capacitaciones por parte de las accionadas.

De otra parte, que las accionadas obraron de mala fe, en tanto se evidencia una evasión sistemática en el pago de acreencias laborales.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo lo expuesto por la parte promotora en el recurso de alzada, se



tiene por sentado que la controversia gira en torno a establecer si entre las partes medio un contrato de trabajo y si con ocasión del mismo, las sociedades accionadas deben ser condenadas al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo genitor.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo



señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si la labor desarrollada como asesor jurídico en los siniestros de *Allianz Seguros S.A*, lo fue, de conformidad con el principio de primacía de la realidad, en virtud de un contrato de trabajo.

Para tales efectos, procedió la Sala a realizar un análisis integral de los medios probatorios arrimados a la presente litis de cara a los cuales se logró corroborar que la pasiva en su interrogatorio de parte admitió que en efecto el demandante prestó sus servicios para la empresa *Nowa Abogados S.A.S* por el periodo comprendido entre el 18 de octubre del 2016 y el 1° de septiembre del 2017, como asesor jurídico en sitio de los siniestros de *Allianz Seguros S.A*, recibiendo como contraprestación unos honorarios fijos por asesoría de \$500.000, más un rubro adicional por cada asesoría brindada, admitiendo igualmente que el actor debía portar una chaqueta con el logo de *Allianz Seguros S.A* por cuanto era necesario para brindar tranquilidad a los asegurados,



demostrando que el abogado que se presentaba en el accidente realmente representaba a dicha aseguradora.

Asimismo, el demandante en su interrogatorio admite la suscripción del contrato de trabajo, así como el paz y salvo de terminación por mutuo acuerdo del contrato; que durante el tiempo del contrato, percibía otros ingresos producto de la venta de semovientes, además de ejercido la abogacía en un proceso actuando en causa propia y que recibió pagos de unas empresas de abogados, aclarando que fueron producto de asesorías previas a la contratación con *Nowa Abogados S.A.S.*

En igual sentido se practicaron los testimonios de *Nelson Lozada*, afirma que fue coordinador del demandante en *Nowa Abogados S.A.S.*, siendo tachado por haber adelantado un proceso en contra de la pasiva en el que incluso le actor fungió como testigo; *Diana Uribe*, quien refiere que fue la Directora Jurídica de *Nowa Abogados S.A.S.*; *Holman Sánchez y Sebastián Páramo Cabrera*, quienes refieren laboraron para *Nowa Abogados S.A.S.*, declaraciones en las que son contestes los deponentes en enunciar que la labor del demandante consistía en prestar los servicios de asistencia jurídica en sitio respecto de los accidentes de tránsito de los clientes de *Allianz Seguros S.A.S.*, recibiendo como contraprestación una suma por cada siniestro atendido, la cual variaba en relación con la complejidad de cada asunto conforme las tarifas establecidas; de igual manera que la actividad era desarrollada en una zona que le era asignada, realizando un informe diario de la gestión realizado y uno semanal.

Igualmente, resalta la Sala que el testigo *Sebastián Páramo Cabrera*, puntualiza que si el accidente acaecía en la zona intentaban contactar al actor, y si no era factible se nombraba otro profesional del derecho, lo cual ocurrió en varias oportunidades, pues se publicaba el caso en la aplicación *whatsapp*, y se esperaba a que el abogado contestara y si no se intentaba con otra persona, lo que le consta por cuanto fue líder del demandante, recordando que en una ocasión le asignó un caso al actor pero este no respondió, por lo cual le fue asignado a otro profesional, lo cual refiere ocurrió en varias oportunidades, e incluso en ocasiones el accionante notificaba a la firma que no podía estar disponible, sin tener ninguna consecuencia negativa o llamado de atención.

Con todo, se tiene que los testigos *Diana Uribe y Nelson Lozada*, a *contrario sensu* de lo indicado por el anterior testigo, refirieron que si el demandante no atendía un caso recibía llamados de atención, no se le pagaba el caso y en algunos casos los abogados



quedaban vetados; adicionalmente *Diana Marcela Uribe* indica que el actor recibía capacitaciones constantes por parte de *Allianz Seguros S.A.* No obstante, evidencia la Sala serias inconsistencias en su dicho, como en efecto lo estableció la falladora en primera instancia. En primera medida por cuanto el señor *Nelson Lozada*, inicia diciendo que el mismo le llamó la atención de forma verbal en una oportunidad, para posteriormente modifica su dicho, en el sentido de indicaron que fueron en varias ocasiones; de igual manera afirmó que el actor no recibía ningún monto adicional a los honorarios, lo cual se contrapone a lo manifestado por la señora *Diana Uribe*, quien expresa que se pagaban bonificaciones por eventos como presentación o el tiempo en arribar al sitio del accidente.

De otra parte, refiere el señor *Nelson Lozada* que el actor laboraba todos los días de la semana sin descanso, no obstante, la señora *Diana Uribe* indica que, si bien en un comienzo fue así, después se les brindó un domingo de descanso cada 15 días. Aunado a ello, la testigo *Diana Uribe* refiere que el actor debía asistir a las capacitaciones en *Allianz Seguros S.A.*, cuando anteriormente había referido que el actor no desarrollaba las funciones en la oficina y que solo asistía una vez a la semana a entregar el informe en *Nowa Abogados S.A.S.*

Sumado a ello el testigo *Nelson Lozada* incurre en contradicción al referir que al actor le fue asignada una zona que coincidía con su lugar de habitación, para posteriormente aseverar no conocer su lugar de residencia y que la zona le fue asignada por el mayor número de casos que atendía.

Finalmente, ambos testigos aluden que el actor percibía mensualmente la suma de \$4.000.000, afirmación que no concuerda con los extractos bancarios obrantes a folios 89 a 48, en los cuales se corrobora que mensualmente el valor de las consignaciones de *Nowa Abogados S.A.S* correspondían a un monto que oscilaba entre los \$2.000.000 y \$3.000.000, con excepción del mes de enero del 2017 en el cual se registra un pago de \$4.390.916. (Fls 39-48).

Por si fuera poco, la señora *Diana Uribe* en su declaración, demostró su falta de parcialidad frente al caso, al referir que, pese a que las partes habían firmado un contrato de prestación de servicios, en realidad este era un contrato de trabajo.



Así las cosas, teniendo en cuenta que la tacha formulada hacia el testigo *Nelson Lozada*, le impone al juzgador un mayor rigorismo en el análisis de sus declaraciones, es patente afirmar que ni su dicho ni el de la señora *Diana Marcela Uribe*, logran formar el convencimiento de la Sala, pues no solo incurren en contradicciones, sino que sus declaraciones no se compadecen con las manifestaciones de los demás testigos.

Aunado a lo anterior, reposan en el plenario otras documentales que apoyan la tesis de la pasiva, pues existe constancia que el actor suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa *Nowa Abogados S.A.S*, por medio del cual se comprometió a prestar sus servicios jurídicos a través de la realización de asistencia y asesoría en el sitio de ocurrencia de los accidentes de tránsito, en los que se encontraran involucrados asegurados beneficiarios de pólizas de amparo de vehículos automotores expedidas por *Allianz Seguros S.A*, pactando como honorarios un monto fijo de \$500.000, más una comisión por siniestro e igualmente una exclusividad con la empresa para la prestación de servicios relacionados directa o indirectamente con el objeto social de la contratante (Fls. 32-37); acompañado de una declaración de compromisos empresariales y un compromiso anticorrupción suscrito por el actor (Fls 87-95).

Unido al anterior contrato, reposa un contrato suscrito entre las empresas hoy demandadas, por medio del cual *Nowa Abogados S.A.S* se compromete a prestar los servicios de asistencia jurídica en los accidentes de tránsito en los cuales se encuentre involucrado un vehículo cubierto por una póliza de *Allianz Seguros S.A.S* (Fls 189-199).

Finalmente, en lo que atañe a las documentales se aportó un acta de terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, suscrita entre el actor y *Nowa Abogados S.A.S*, acompañado de un acuerdo de voluntades respecto a un contrato de venta de un teléfono celular (Fls 231- 236), así como una serie de certificaciones que dan cuenta de los servicios prestados por el promotor a diferentes empresas como asesor jurídico y de un proceso tramitado por el mismo (Fls 250 a 256), precisando que si bien ninguna de estas concuerda con la data de prestación de servicios para la pasiva, con excepción de una fotografía en una audiencia judicial del 5 de octubre del 2016 (Fl 259), si permiten inferir que el demandante tenía la experticia y conocimiento jurídico requerido para prestar la asesoría jurídica contratada de forma libre y voluntaria, sin requerir direccionamiento alguno.



Ahora, reposan en el paginario varias fotografías de personas con prendas de vestir con logo de *Allianz Seguros S.A*, pero a lo largo del proceso no se dio cuenta de quiénes eran y qué cargo o relación tenían con las demandadas, ni mucho menos el tipo de vinculación (Fls 82-86), lo cual, por ende, en manera alguna acredita subordinación.

De cara a lo hasta aquí manifestado, logra colegir esta Corporación que si bien se encuentra plenamente acreditada la prestación personal de servicio por parte del demandante para la empresa *Nowa Abogados S.A.S*, avizora la Sala que existe evidencia contundente que nos permite colegir que la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, quedó derruida por la pasiva, al demostrar que la labor no fue desarrollada bajo continúa subordinación. Ello es así, por cuanto es patente que en virtud del contrato como asesor jurídico suscrito por el actor, este se comprometía a atender los casos que le fueran asignador por parte de *Nowa Abogados S.A.S*; sin embargo, se corrobora que esta labor no estaba sujeta al cumplimiento de un horario, ni requería que el demandante se presentara a laborar diariamente en las instalaciones de la pasiva, pues aunque se comprometió contractualmente a prestar dicha asesoría las 24 horas del día, una vez le era asignado el caso el promotor podía o no atenderlo, pues en caso de no hacerlo simplemente se reasignaba el caso a otro profesional, dejando de percibir los honorarios que se causaren por dicha atención. Sumado a ello, es claro que la asesoría jurídica brindada al tomador de la póliza que sufriera el accidente, por la naturaleza de la gestión, era brindada por el deponente de forma libre y voluntaria, con fundamento en los conocimientos jurídicos que le asistían como abogado y la experiencia laboral que acreditó ante la pasiva para ser contratado, sin que se constatare por esta Sala una prueba fehaciente que el actor recibiera órdenes sobre referentes a la gestión a desarrollar.

Finalmente, se debe referir en lo tocante a los informes que debía rendir el libelista, los protocolos de *Allianz Seguros S.A* que aceptan los representantes legales de ambas compañías y el uso de prendas o un carné que diera cuenta de su calidad de representante de la aseguradora, tales supuestos de facto *per se* no comportan la existencia de un vínculo laboral, sino el desarrollo de una actividad coordinada como contratista que permitiera dar seguridad y confianza a las personas involucradas en los siniestros, máxime cuando quedó demostrado que no existió ningún tipo de subordinación en el desarrollo del servicio prestado por el promotor.



Dimana de lo hasta aquí enunciado la inexorable confirmación de la sentencia objeto de análisis en esta instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

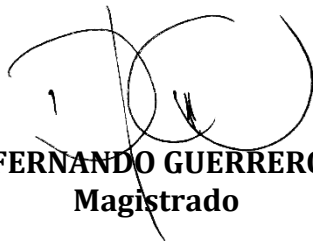
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

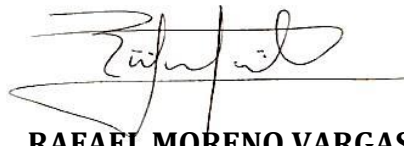
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 35 2019 00245 01
Demandante: YESID EDUARDO PARADA SANTANA
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Teniendo en cuenta los poderes allegados por las partes convocadas al presente juicio, se les reconoce personería adjetiva para actuar a los profesionales en derecho: *Leidy Carolina Fuentes Suarez* identificada con C.C No 1.049.614.551 y T.P 246.554 del C.S.J en calidad de apoderada de Colpensiones, *Luis Miguel Díaz Reyes* identificado con C.C No 1.018.464.896 y T.P No 331.655 del C.S.J en calidad de apoderado de *Porvenir S.A* y a *Jeimmy Carolina Buitrago Peralta* con C.C No 53.140.467 y T.P No 199.923 del C.S.J en calidad de apoderada de *Colfondos*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor *Yesid Eduardo Parada Santana*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de las *AFP Porvenir S.A, Colfondos S.A y Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es nulo e ineficaz; por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos rendimientos, ordenándole a esta última recibirlos, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 1º de octubre de 1959; que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 12 de agosto de 1982, en un total de 404,14 semanas; que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la *AFP Colfondos S.A*, el 25 de julio de 1994 y posteriormente se trasladó a *Porvenir S.A* en el mes de febrero de 2001.

Que para efectos del traslado de régimen pensional, un asesor de la AFP se acercó a su lugar de trabajo y le aseguró que percibiría una mesada pensional superior, así como que se vería reflejado un bono pensional en su cuenta de ahorro individual y que el entonces Instituto de Seguros Sociales atravesaba por una crisis financiera que ponía en riesgo su futuro pensional, sin haber brindado ninguna actividad de asesoramiento responsable, omitiendo informarle las reales consecuencias de la decisión, ni sobre la posibilidad que tenía de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, omisión en la que también incurrió el Instituto de Seguros Sociales.

Que en el mes de febrero de 2018, la *AFP Porvenir S.A*, le informó que la mesada pensional ascendería a \$3.735.000, en tanto que en *Colpensiones* correspondería



a \$6.519.208; finalmente que el 30 de octubre de 2018 solicitó la anulación del traslado, lo cual se desató de manera desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señaló no constarle los hechos de la demanda atinente al traslado de régimen, en cuanto los mismos serían de conocimiento de la AFP; por otra parte, que la afiliación cuenta con validez, en tanto no se acredita ni evidencia ningún vicio del consentimiento.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Por su parte *Colfondos S.A.*, se opone a las pretensiones señalado que sí se brindó una asesoría integral respecto de las implicaciones del traslado, poniendo en conocimiento del actor las características de los regímenes pensionales. Que no se cumplen los presupuestos para declarar la nulidad del acto de traslado, máxime que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Porvenir S.A expone en la contestación de la demanda que de los referido por el actor, se evidencia que recibió asesoría por parte de la AFP que verificó el traslado de régimen pensional, sin que para dicha data haya sido posible realizar cualquier



proyección de la mesada, dado que no se encontraba próximo a consolidar el derecho pensional, toda vez que contaba con 34 años de edad y 400 semanas de cotización; por otra parte que el traslado entre AFP cumplió los requisitos legales.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de junio de 2020, declaró nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Colfondos S.A*, ordenando a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones*, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, así como asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento del traslado, le corresponde a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado en el plenario, motivo por el cual se trasgredió el deber de información exigible de la accionada, lo que apareja como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Refirió de igual manera que el actor se constituye en un afiliado lego, sin que se haya acreditado tener conocimientos diferentes de los que aducía ostentar para la fecha del traslado. De igual manera que se logró establecer en el plenario que la mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería



considerablemente superior (Fls. 51 y 52), lo que acredita el perjuicio irrogado con ocasión de la deficiente información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. sustentó la alzada en que el accionante si conocía las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en el año 2010 se le remitió comunicación para efectos de obtener una doble asesoría, a la cual no compareció; por otra parte, que la información exigida por el *a-quo* no se acompasa con las normativas vigentes para la fecha del traslado, sin tener en cuenta además que en el traslado que se verificó al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sí se brindó la información relevante.

Por su parte *Colpensiones* inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que se aplicó de manera indebida el 1604 del C.C., toda vez que no se tuvo en cuenta que el error de derecho no vicia el consentimiento, aunado a ello que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, teniendo además el afiliado obligaciones frente a la relación contractual, según el Decreto 2241 de 2010, guardando silencio durante 25 años en materia pensional, lo que se debe acoger como la toma de una decisión libre y consiente. Finalmente, que la decisión implica afectar la sostenibilidad del Sistema así como el principio de solidaridad con los demás afiliados a *Colpensiones*, por lo cual, además, en caso de no prosperar la alzada, la AFP no podrá descontar suma alguna de dinero a su favor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre



escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar*



una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado a *Colfondos S.A* del 25 de julio de 1994 (Fl 61), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*



información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, el accionante en manera alguna confesó que la AFP haya cumplido con el deber de información, ni que se le haya explicado de manera clara y veraz las características del régimen pensional, así como las ventajas y desventajas que implicaban en su caso particular el traslado de régimen. Por otra parte, el hecho aducido por *Porvenir S.A.* de no haber asistido el actor a una citación para recibir asesoría en el año 2010, en manera alguna permite soslayar que la información debió haberse suministrado para la fecha del traslado del régimen, esto es, para el año 1994, omisión que tampoco se subsana por traslados al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

De igual manera, no es dable, como lo sostiene *Colpensiones*, suplir el deber de información de la AFP con la falta de reclamación por parte de la accionante, en tanto es la AFP quien tiene a su cargo el cabal cumplimiento, sin que sea dable trasladarlo al afiliado.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la



pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

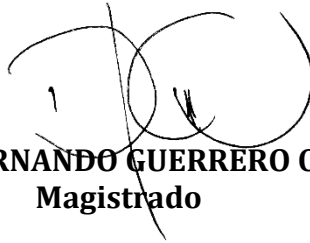
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 37 2019 00280 01
Demandante: FABIO CORRALES GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como estudiar la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la decisión de primera instancia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fabio Corrales García*, formuló demanda Ordinaria en contra de la *Administradora Colombiana de Pensiones*, en adelante *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que existió un error en la forma como la encartada liquidó su prestación por vejez, ya que la misma se causó con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, esta se debe reliquidar con el lleno de los preceptos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, pretende se condene a la demandada a reajustar la pensión a partir del 29 de diciembre de 1991, con una tasa de reemplazo del 69% atendiendo el salario realmente devengado, junto con las mesadas de junio y



diciembre de cada anualidad, valores que deberán indexarse al momento del correspondiente pago, así como a la condena por concepto de intereses moratorios en los términos de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 29 de diciembre de 1931, por lo que cumplió 60 años de edad el mismo día y mes de 1991, realizando aportes al entonces *Instituto de Seguros Sociales* desde el 1º de enero de 1967 hasta el 1º de febrero de 1986, los cuales ascendieron a un total de 930 semanas.

Que con posterioridad al 29 de enero de 1991, calenda en la que ya había causado su derecho pensional, dos empleadores le efectuaron aportes para los años 1997 y 1998, cotizaciones que no deben ser tenidas en cuenta por haberse realizado después de haber adquirido el estatus pensional.

Arguyó que en diferentes Resoluciones, tales como las No. 0525820 de 1999, 006795 de 2001 y 00404 de 2002, la encartada dispuso concederle la pensión de vejez a partir del 29 de noviembre de 1999, en cuantía inicial de \$51.720, donde además fueron tenidas en cuenta 930 semanas, pero incurriendo en un error respecto al salario base determinado, de ahí que haya interpuesto la presente demanda toda vez que no fueron tenidas en cuenta el ingreso base de las últimas cien (100) semanas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no es procedente que al demandante se le reconozca una pensión de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049



de 1990, como quiera que en la actualidad ya disfruta su pensión, máxime si la liquidación realizada al derecho pensional se encuentra ajustada a derecho.

Adicionalmente manifestó que las pretensiones invocadas fueron resueltas por los Juzgados Primero y Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, decisiones que acató en las Resoluciones GNR 345953 de 2016 y 003 de 2018.

Dice no encontrarse de acuerdo con que el salario base pretendido por el demandante sobre las últimas cien (100) semanas, en vista a que el salario mensual de base se obtiene multiplicando el factor 4.33 con la centésima parte de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas, por lo que no resultan los valores descritos en los supuestos fácticos de la demanda.

Formuló las excepciones de cosa juzgada, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la denominada genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, declaró la procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez, aplicando de manera íntegra el Acuerdo 019 de 1990, por lo que determinó que la primera mesada pensional del demandante ascendió a la suma de \$175.167.

Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción con anterioridad al 22 de febrero de 2016, por lo que condenó a la encartada al pago de un retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2016 y el 30 de septiembre de 2019 en la suma de \$70.184.700, valor que deberá ser debidamente indexado al momento del correspondiente pago, junto con las



diferencias que se causen a futuro, aunado a que ordenó a la entidad los descuentos por concepto de aportes en salud.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., en lo que concierne a la excepción de cosa juzgada consideró que la misma no se configuró dentro del presente asunto, en tanto las decisiones judiciales adelantadas en los Juzgados Primero y Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, fueron asuntos diferentes al que aquí nos ocupa.

Posteriormente, consideró que en efecto era procedente el reajuste de la mesada pensional a la luz de lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, debido a que la causación del derecho la ostentó el demandante en el año de 1991.

Frente a los intereses moratorios, los negó bajo el entendido que la encartada en ningún momento ha dejado de reconocer la mesada pensional del demandante, por lo que ante dicha negativa, dispuso la indexación de los valores adeudados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada apeló la decisión, insistiendo que dentro del presente asunto debe declararse probada la excepción de cosa juzgada, toda vez que en los procesos judiciales analizados por el *a-quo*, existe una identidad de partes e identidad de causa petendi, ya que la misma no se desvirtuó por el hecho nuevo que se aduce correspondió al reconocimiento administrativo que se hizo antes de producirse en sede judicial tal decisión.

Ello por cuanto, en el proceso del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá se analizó el IBL, la reliquidación y estuvo sometido a un control de legalidad por parte del Tribunal Superior en su momento, sin que aquí se presenten hechos



nuevos que puedan desvirtuar la cosa juzgada, por lo que el monto de la pensión otorgada al demandante se encuentra ajustada a derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, como primer problema jurídico se deberá analizar si dentro del presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada, como consecuencia de decisiones anteriores emitidas por las respectivas autoridades judiciales.

De no prosperar la excepción de cosa juzgada formulada por la entidad, se entrará a analizar si hay lugar al reajuste de la mesada pensional conforme lo pretendido por el actor, esto es, que su mesada pensional se liquide en los precisos términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y el retroactivo que se cause por la diferencia respectiva.

c. Del caso en concreto:

De la excepción de cosa juzgada.

Para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo



145 del C.P.T. y de la S.S., consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho entre otras, en sentencias SL8658-2015, Radicación No. 54726 del 24 de junio de 2015, rememorada en la sentencia SL1303-2018, Radicación No. 61377 del 25 de abril de 2018 que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

En punto de lo anterior, para resolver si la excepción está llamada a prosperar, se pasa a analizar si los elementos que la configuran se encuentran presentes,



resaltando nuevamente, que lo aquí pretendido es que se reajuste la pensión de vejez teniendo en cuenta lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

De las pruebas documentales obrantes al plenario, se aprecia en primera medida que en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá se adelantó proceso ordinario laboral bajo el consecutivo No. 1999-00126, que interpusiera el aquí demandante en contra del entonces *Instituto de Seguros Sociales*, cuyas pretensiones principales versaban al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, junto con la respectiva reliquidación, proceso que se falló por el mentado Juzgado el 22 de noviembre de 2002 en el sentido de condenar a la demandada al pago de la pensión de vejez a partir del 29 de diciembre de 1991, fecha en que cumplió los 60 años de edad, teniendo como base de cotización el último salario base promedio que ascendió a la suma de \$70.260 debidamente indexado, así como al pago de intereses moratorios, y el 21 de febrero de 2003, adicionó la sentencia en el sentido de declarar la compatibilidad entre la pensión de vejez del Instituto de Seguros Sociales y la de jubilación de origen convencional que está a cargo de Bancafé (Fls. 73 a 77).

En dicho planteamiento, el Juzgado hizo un estudio, concluyendo que el demandante había acreditado los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es decir, que la procedencia del derecho no se dio a la luz del régimen de transición debido a que el demandante ostentó el derecho con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de junio de 2006, revocó la decisión que emitiera el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por lo que absolvió al Instituto de Seguros Sociales de las pretensiones formuladas en su contra, teniendo como argumento que la entidad había hecho el reconocimiento de la



pensión de vejez antes del fallo de primer grado, inicialmente a partir del 22 de febrero de 1995 y luego a partir del 29 de diciembre de 1992 (Fls. 160 a 164).

La anterior decisión, fue conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en decisión del 24 de enero de 2008, dispuso mantener incólume lo relacionado a que se despachara de manera desfavorable el reconocimiento de la pensión en sede administrativa; a pesar de ello, se casó parcialmente la sentencia en el sentido de establecer que la pensión reconocida en su momento por el Instituto de Seguros Sociales era compatible con la pensión reconocida por el *Banco Cafetero* (Fls. 141 a 159), por lo que con posterioridad, emitió la decisión del 2 de julio de 2009, donde revocó la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar concluir que el valor del retroactivo que inicialmente se había reconocido en favor de empleador procedía en favor del demandante, y en sus consideraciones se tomó el valor determinado en los actos administrativos para el reconocimiento pensional pero sin determinarse cómo se había liquidado.

En cuanto al proceso que se adelantó en el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de julio de 2016, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación convencional y pensión legal de vejez de manera compatible desde el momento en que fueron reconocidas cada una de ellas, con un retroactivo pensional calculado desde el 4 de abril de 2011 hasta el 30 de 2016 en cuantía de \$44.495.925, con la respectiva indexación (Fls. 53 a 57).

Seguidamente, en sede de apelación y consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de octubre de 2017, revocó parcialmente la decisión de primer grado en lo que concierne a la indexación sobre el retroactivo reconocido, para en su lugar condenar a *Colpensiones* al pago de intereses moratorios a partir del 4 de agosto de 2014 y



hasta cuando se realice el pago, pero manteniendo intacta la decisión de la decisión de la compatibilidad pensional (Fls. 86 a 92).

Por último, se advierte que del expediente administrativo en medio magnético obrante a folio 45, yace una sentencia en la que aparece el nombre de *Fabio Corrales García* sobre un proceso adelantado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales, pero analizados los supuestos fácticos de ese asunto, no corresponden a los del actor sino a persona diferente, por lo que en nada incide ese asunto al de la excepción de cosa juzgada que aquí se analiza.

Así las cosas, se puede colegir que la excepción de cosa juzgada no se configura, como quiera que a pesar de que los procesos cursados en los Juzgados Primero y Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá se presenta identidad de partes al ser el actor quien demandó al antiguo *ISS* hoy en día *Colpensiones*, no sucede lo mismo frente al objeto y la causa.

Ello en razón a que si bien, en el asunto cursado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, como se expuso en precedencia, decidió el reconocimiento de la pensión del demandante junto con el valor de la mesada pensional, asignándose un valor de la primera mesada pensional en la suma de \$70.260, pero sin quedar claro la norma o forma aritmética en que se reliquidó el mentado valor, sumado a que allí quedó consignado que se tuvo como IBC el último salario promedio, de ahí que ninguna norma y en especial el Acuerdo 049 de 1990, permite determinar el valor de la mesada pensional en esos términos.

Tampoco fue analizado en su momento ningún aspecto relacionado de cómo se realizó el respectivo cálculo aritmético por parte del Tribunal y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues a pesar de que esta última casó parcialmente la decisión, se desestimó la pretensión y el valor señalado debido al reconocimiento del derecho por la entidad en sede administrativa, es decir, que



en ninguna de las instancias se efectuó un estudio de legalidad de los actos administrativos y el monto reconocido; circunstancia por la cual, de la indefinición de las actuaciones administrativas, es que no se presentaron idénticas pretensiones y supuestos fácticos para que se declare probada la excepción de cosa juzgada.

Tampoco hay cabida de declararla probada por la demanda que se presentó en el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, pues allí lo que se decidió era que las pensiones, convencional de jubilación y la legal de vejez, eran compatibles, sin que allí se hubiese debatido el valor de la mesada pensional que aquí nos ocupa, por lo que se confirmará la decisión de primer grado por este puntualísimo aspecto.

Del reajuste pensional de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Se resalta que obra la Resolución No. 025820 de 1999, en la que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez al actor de conformidad con lo consagrado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo, prestación que se reconoció a partir del 22 de febrero de 1995, en cuantía inicial de \$118.934 (Fl. 72).

La anterior Resolución, fue modificada por la No. 006795 de 2001, en el entendido que el actor cotizó un total de 930 y no 876 semanas, manteniendo incólume lo restante (Fls. 69 a 71).

Luego, mediante Resolución No. 0404 de 2002, en sede de apelación el Instituto de Seguros Sociales nuevamente se pronunció sobre el derecho pensional del demandante, donde concluyó que la pensión de vejez del señor *Fabio Corrales García*, se debía reconocer a partir del 29 de diciembre de 1991, calenda última



en la que cumplió 60 años de edad, situación que se acompasa con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que da fe que nació el 29 de diciembre de 1931 (Fls. 15, 184 a 185).

De lo expuesto, no queda duda que al habersele reconocido una pensión de vejez al demandante según lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 20, literal b), Parágrafo 1º, se puntualiza la forma de calcular la prestación de la siguiente manera:

“PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

“El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses”.

En tal sentido, atendiendo la liquidación presentada por el *a-quo*, se colige las operaciones allí realizadas se encuentran ajustadas a derecho, ya que a pesar de que el expediente administrativo aportado en medio magnético refleja las semanas cotizadas y que se describieron en la liquidación (Fl. 45), en efecto se aprecia que el actor realizó aportes desde el 1º de enero hasta el 12 de septiembre de 1997 y desde el 1 hasta el 31 de marzo de 1998, como así lo sostuvo en los supuestos fácticos de la demanda, pero al causarse el derecho pensional en el mes de diciembre de 1991, los periodos mencionados no debían tenerse en cuenta para el cálculo de las últimas cien (100) semanas como así lo sostuvo el fallador de instancia, sino que serían las calculadas entre el 14 de febrero de 1984 y el 1 de febrero de 1986.

El periodo referido se indexa al año de 1991, arrojando un total de \$6.129.439, valor al cual se le tomó la centésima parte de la sumatoria de dichos salarios que arroja la suma de \$61.294, que multiplicado por el factor 4.33 da un valor de \$265.405, y al acumular al 1º de febrero de 1986 un total de 891.14 semanas, es



procedente la aplicabilidad la una tasa de reemplazo equivalente 66%, de ahí que haya arrojado una mesada pensional para el año de 1991 la suma de \$175.167.10.

De la prescripción.

Atendiendo a que el derecho pensional se reconoció por el Instituto de Seguros Sociales a partir del 29 de diciembre de 1991, y al haber presentado el demandante reclamación administrativa ante *Colpensiones* el 22 de febrero de 2019, incoando la presente demanda el 12 de abril de 2019 (Fls. 21 a 25 y 36), es palmario que según lo regulado los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S., el fenómeno prescriptivo operó con anterioridad al 22 de febrero de 2006 como así lo sostuvo el Juez primigenio.

Esto conduce a que el retroactivo calculado en el periodo comprendido entre el 22 de febrero de 2016 y el 30 de septiembre de 2019 que asciende a la suma de \$70.184.707 teniendo en cuenta 14 mesadas pensionales al año, también se confirme por encontrarse ajustado a derecho, dejando de presente que la mesada pensional para el 2016 asciende a la suma de \$2.288.870, aunado a que la encartada deberá reconocer a futuro las diferencias pensionales, hasta que el actor sea incluido en nómina y se pague lo de su cargo debidamente indexadas, así como que se autorice a la encartada a descontar los descuentos en salud según lo regula el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Por último, se deja de presente que en razón a que la decisión se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, no hay lugar a pronunciamiento de la absolución de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más aún si este punto no fue apelado por la parte demandante. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN:

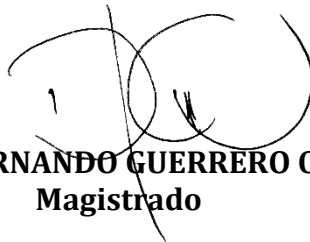
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 20 2019 00422 01
Demandante: MIREYA DEL SOCORRO SALAZAR HERRERA
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada por *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la Doctora *Belcy Bautista Fonseca*, identificada con C.C No 1.020.748.898 y T.P No 205.097.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Protección S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Mireya Del Socorro Salazar Herrera*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Protección S.A* y *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad es nulo e ineficaz; por consiguiente, se condene a *Protección S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos rendimientos, ordenándole a esta última recibirlos, así como al pago de los perjuicios morales más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria deprecia se declare como inexistente el acto de traslado, disponiendo que la AFP retorne los valores a *Colpensiones*, condenándose a las accionadas al pago de perjuicios morales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de noviembre de 1964, que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 25 de mayo de 1992 hasta el año 1996; que en el mes de octubre de 1995 al no recibir la información clara, oportuna y veraz, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP *Colmena*, hoy *Protección S.A*, sin haberle puesto de presente las reales características del régimen, ni las condiciones que debía cumplir para acceder al beneficio pensional.

Que la AFP realizó una proyección de la mesada pensional, por valor de \$1.441.335, siendo que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida ascendería a un total de \$2.668.474; que la falsa expectativa creada por los asesores de la AFP le generó un gran impacto emocional; finalmente, que solicitó la nulidad del traslado, lo cual fue negado por las accionadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señaló no constarle los hechos de la demanda atinente al traslado de régimen, en cuanto los mismos serían de conocimiento de la AFP; por otra parte, que la afiliación cuenta con validez, en tanto no se acredita ni evidencia



ningún vicio del consentimiento; de igual manera, que la accionante no puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto existe prohibición legal al faltarle menos de 10 años para arribar a la edad mínima requerida para la pensión de vejez, aunado a ello que no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de 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 del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

Por su parte *Protección S.A*, se opone a las pretensiones señalado que sí se brindó una asesoría integral respecto de las implicaciones del traslado, poniendo en conocimiento de la actora las características de los regímenes pensionales. Que no se cumplen los presupuestos para declarar la nulidad del acto de traslado, en tanto no se configura la existencia de vicios del consentimiento; que las proyecciones pensionales no acreditan perjuicio alguno, en tanto pueden variar dependiendo de los aportes que se continúen cotizando.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de reasesoría el 1º de noviembre de 2005, por parte de la AFP *Protección S.A*, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP *Protección S.A*, inexistencia del perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Colmena*, hoy *Protección S.A*, a quien ordenó trasladar a *Colpensiones*, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento del traslado, le corresponde a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado en el plenario, motivo por el cual se trasgredió el deber de información exigible de la accionada, lo que aparece como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Refirió de igual manera que en el interrogatorio de parte no se dio certeza sobre la asesoría brindada, y frente a una presunta reasesoría, la prueba que la contiene no acredita el deber de información, en tanto el traslado de régimen operó en el año 1994, mientras que la reasesoría datan de los años 2009 y 2011, máxime que se encuentran alejadas de la realidad para efectos de establecer reales proyecciones pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, señalando que el traslado tiene plena validez; por otra parte, que para la fecha de solicitud del retorno contaba con 55 años de edad, existiendo prohibición legal para acceder a las pretensiones, las que además afectan el principio de sostenibilidad del sistema, así como las aspiraciones de aquellos afiliados que si han cumplido con la solidaridad frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que en caso de no prosperar la alzada, la AFP no podrá descontar



suma alguna de dinero a su favor, y finalmente que se debe revocar al condena en costas.

Por su parte *Protección S.A.* sustentó la alzada en que la accionante si fue debidamente asesorada y por los distintos fondos a los que estuvo afiliada, siendo además reasesorada frente a la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que el hecho que no se cumplan las expectativas pensionales, impliquen estimar como ineficaz el traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663



de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se*



predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado a *Protección S.A* del 28 de septiembre de 1994 (Fl 182), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la accionante en manera alguna confesó que la AFP haya cumplido con el deber de información, ni que se le haya explicado de manera clara y veraz las características del régimen pensional, así como las ventajas y desventajas que implicaban en su caso particular el traslado de régimen. Por otra parte, el hecho de haberse trasladado a las AFP *Colmena* el 11 de octubre de 1995 (Fl 183) y nuevamente a *Protección S.A* el 10 de octubre de 2002 (Fl 184), en manera alguna implica convalidar la falta del deber de información para el momento del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otra parte, si bien se aportaron documentos de reasesoría del 9 de noviembre de 2011 (Fls 185 a 189), la misma tampoco acredita de manera fehaciente el deber de información, en tanto si bien le advierten de la posibilidad de retornar para dicha data al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede soslayarse que en el formato le afirman una vez realizado el cálculo *“económicamente le conviene quedarse en Protección S.A”*, adjuntándose una proyección que arrojaba una mesada pensional de \$1.440.952 en la AFP y de \$685.635 en *Colpensiones*, lo cual dista de la realidad, e impidió tomar una decisión libre e informada.



En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que Protección S.A no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales,



deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema



todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente, no es dable revocar las costas de primera instancia impuestas a *Colpensiones*, toda vez que el C.G.P consagra que su imposición procede frente a la parte vencida en el plenario, sin que se haya limitado su imposición frente a entidades públicas administradoras de regímenes pensionales, aunado a ello que la accionada formuló excepciones oponiéndose a las pretensiones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



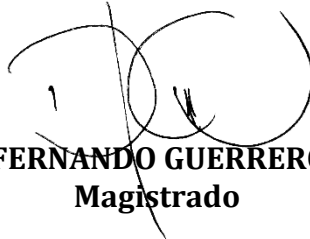
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 20 2019 00464 01
Demandante: GERMAN RODRIGO MÉNDEZ JIMÉNEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se reconoce personería adjetiva para actuar a la Dra. *Laura Roció Martínez Lizarazo*, con C.C No 33.368.799 y T.P No 280.323 del C.S.J. en calidad de apoderada de la mentada entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, con ocasión de la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *German Rodrigo Méndez Jiménez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *AFP Protección S.A y Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual



con Solidaridad es nulo; por consiguiente, se condene a *Protección S.A* a realizar el traslado de los aportes a *Colpensiones* junto con los respectivos rendimientos, ordenándole a esta última recibirlos, así como al pago de los perjuicios morales más lo que resulte probado *ultra y extra petita*; de manera subsidiaria depreca se declare la ineficacia del traslado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que prestó servicios en el sector privado al Banco Caja Social de Ahorros, realizando aportes al entonces *Instituto de Seguros Sociales* desde noviembre de 1991 hasta el 1º de octubre de 2004, fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en *Protección S.A*; que no fue asesorado de manera oportuna y veraz sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, ni le hizo proyecciones sobre la eventual mesada pensional; finalmente, que el 22 de mayo de 2019 solicitó el traslado a *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando no constarle los hechos de la demanda atinente al traslado de régimen, en cuanto los mismos serían de conocimiento de la AFP; por otra parte, que la afiliación cuenta con validez, en tanto no se acredita ni evidencia ningún vicio del consentimiento; de igual manera, que la accionante no puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto existe prohibición legal al faltarle menos de 10 años para arribar a la edad mínima requerida para la pensión de vejez, aunado a ello que no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de 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 del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte *Protección S.A.*, se opone a las pretensiones señalado que sí se brindó una asesoría integral respecto de las implicaciones del traslado, poniendo en conocimiento del actor las características de los regímenes pensionales, realizando incluso las respectivas proyecciones verbales, aunado a ello que la obligación de verificar comparaciones financieras solo surgió con la Ley 1748 de 2014. Finalmente, que el actor decidió de manera libre, consciente y debidamente informado, el trasladarse de régimen pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación pro falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Protección S.A.*, a quien ordenó trasladar a *Colpensiones*, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales esbozados sobre la materia, la carga de la prueba de informar en



debida forma los planteamientos al momento del traslado, le corresponde a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado en el plenario, motivo por el cual se trasgredió el deber de información exigible de la accionada, lo que apareja como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Lo anterior en tanto del interrogatorio de parte no es dable extraer los términos en que se brindó la asesoría, sin que se hayan aportado pruebas diferentes, máxime que el formulario de afiliación no acredita una situación diferente.

Finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito que fueran formuladas por las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que el precedente jurisprudencial hace referencia a afiliados con expectativas legítimas o que son beneficiarios del régimen de transición, siendo factible además apartarse del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de tutela atinentes a la nulidad de traslado, en tanto se aplicó de manera indebida el 1604 del C.C., y no se tiene en cuenta que el error de derecho no vicia el consentimiento, ni las normativas que irrogan de plena validez el acto jurídico que implicó el traslado de régimen.

De otra parte, que no es dable para *Colpensiones* acreditar si el deber de información se cumplió a cabalidad, pues solo cuenta con la posibilidad que el actor confiese dicho aspecto, quien en el presente evento manifestó haber recibido una llamada telefónica por la AFP en la que se le informo que estaba próximo a cumplir la edad estipulada para incurrir en la prohibición de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Refiere que la decisión implica una vulneración a la sostenibilidad del sistema, lo cual se extrae de las proyecciones pensionales aportadas al plenario, de la cual se evidencia las erogaciones en que deberá incurrir a *Colpensiones*, las cuales serán superiores a lo consignado en la cuenta de ahorro individual, por lo cual además no se debe efectuar descuento alguno por la AFP. Finalmente, que se deben revocar las costas procesales impuestas en primera instancia, y se condicione el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la devolución de aportes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.



Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el reporte en el sistema SIAFP, el que da cuenta del traslado de régimen a ING, del 24 de



agosto de 2004 (Fl 227), en el que se establece que se suscribió en tal data el formulario de afiliación, dicha situación no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el accionante en manera alguna confesó que la AFP haya cumplido con el deber de información, ni que se le haya explicado de manera clara y veraz las características del régimen pensional, así como las ventajas y desventajas que implicaban en su caso particular el traslado de régimen, lo cual no se suple con mencionar que recibió un llamado en relación con la posibilidad de retornar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otra parte, el documento de reasesoría (Fl 226), no especifica la información suministrada, señalando simplemente que *“se realizó “simulación pensional por teléfono”*, lo cual no acredita el cumplimiento del deber de asesoría, mucho menos para la data del traslado inicial del régimen pensional.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Protección S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por otra parte, no es dable condicionar la reactivación de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la devolución de dineros que deba verificar *Protección S.A*, en tanto el derecho pensional del actor no puede quedar sujeto a trámites administrativos que deben adelantar las accionadas.

De igual manera, no es dable revocar las costas de primera instancia impuestas a *Colpensiones*, toda vez que el C.G.P consagra que su imposición procede frente a la parte vencida en el plenario, sin que se haya limitado su imposición frente a entidades públicas administradoras de regímenes pensionales, aunado a ello que la accionada formuló excepciones oponiéndose a las pretensiones.

Finalmente, es menester modificar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, como lo solicitó *Colpensiones*, a efectos de establecer que la AFP deberá verificar la devolución integral, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, rendimientos o primas de seguros previsionales, como se señaló en precedencia.

Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;


RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a *PROTECCIÓN S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores que reposaron en la cuenta de ahorro individual, incluyendo todos los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras previsionales, y todos los demás emolumentos que se hubieren generado mientras perduró la vinculación, sin que sea dable verificar descuento alguno.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de consulta y alzada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00725 01
Demandante: MARTHA LUCÍA SANDOVAL LACHE
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad a la profesional del derecho *María Helena Fierro García*, identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

Atendiendo al poder allegado por *Porvenir S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad a la profesional del derecho *Jhon Jairo Rodríguez Bernal*, identificada con C.C No 1.070.967.487 y T.P No 325.589 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Martha Lucía Sandoval Lache*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de las *AFP Porvenir S.A* y *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es válido el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que inicialmente había admitido *Colpensiones* en comunicación del 14 de junio de 2017; así como la ineficacia de la revocatoria de dicha decisión del 5 de junio de 2019; se declare además ineficaz y nulo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por consiguiente, se ordene a *Colpensiones* abstenerse de retornar valores a *Porvenir S.A*, así como a reconocer y pagar la pensión de vejez.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 22 de diciembre de 1959; que mediante comunicación del 31 de mayo de 2017, solicitó a *Colpensiones* el traslado a dicha entidad proveniente de *Porvenir S.A*, y en aplicación de la sentencia SU-062 de 2010; que mediante oficio del 14 de junio de 2017, *Colpensiones* le informó que su solicitud fue aceptada de manera satisfactoria, y en consecuencia *Porvenir S.A* el 11 de julio de 2017 aprobó el traslado; que para el 21 de marzo de 2019 ostenta 1837,43 semanas cotizadas a *Colpensiones*.

Que el 26 de julio de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, frente a lo cual en Resolución SUB 311659 del 29 de noviembre de 2018, se le informó que se encuentra adelantando una investigación, y el 5 de junio de 2019 se le informó que el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no cumplía con los requisitos legales, al no contar con 750 semanas para el 1º de abril de 1994, revocando la aceptación que inicialmente había concedido, sin mediar su consentimiento y sin agotar la acción legal para tal efecto; que atraviesa por una difícil situación de salud y fue declarada insubsistente del cargo que desempeñara en el SENA; finalmente, que para cuando se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se cumplió con el deber de



información, por lo cual solicitó la ineficacia del mismo, lo cual fue negado por las accionadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A expone en la contestación de la demanda que el traslado que inicialmente fuera aprobado, no cumple los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que se deben adelantar los trámites administrativos correspondientes para que los aportes retornen a la AFP; por otra parte, que para la fecha del traslado si cumplió con el deber de información, sin que haya sido factible elaborar en aquella data, proyecciones sobre el monto pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que la accionante se trasladó de manera libre y voluntaria *Porvenir S.A*, sin que para el 1º de abril de 1994, contara con más de 15 años de servicios, por lo cual no le era dable retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. De igual manera, que la afiliada tenía obligaciones frente a su situación pensional pese a lo cual guardó silencio por espacio de 20 años.

Formuló las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia e indebida acumulación de pretensiones, y las de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de junio de 2020, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones de la demanda.

traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Colfondos S.A*, ordenando a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones*, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, así como asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración; y a *Colpensiones* a afiliarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión expuso que, para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad y no tenía un total de 15 años de cotización, y por ende no era beneficiaria del régimen de transición ni le era factible retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que el hecho que las accionadas hayan incurrido en error al admitir el traslado, genere el derecho al mismo.

En lo atinente al traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la Ley 100 de 1993 estipula la obligación de la AFP de admitir los traslados, por lo cual en el evento de la accionante no era dable desestimar la afiliación, al no tener más de 50 años de edad; por otra parte, que no se acreditó un vicio del consentimiento por la parte demandante, aunado a ello que el error de derecho no genera la nulidad del contrato.

Señala que la demandante en el interrogatorio de parte confesó que si fue acompañada en el proceso de afiliación por un asesor de *Porvenir S.A*, quien le indicó las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se le sea imputable a la AFP si la accionante no comprendió en su integridad lo informado, más aún cuando guardó silencio durante varios años.



De igual manera, para la fecha del traslado dada la edad de la actora, no era factible estimar si el régimen elegido no le resultaría conveniente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación, señalando que al haberse admitido el retorno por parte de *Colpensiones*, se generó una confianza legítima, la cual, por tratarse del derecho a la seguridad social, se encuentra ligada con la dignidad humana, por lo cual dicha situación no podía variarse si su autorización.

Frente a la ineficacia del traslado, que no es requisito que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición, sin que el formulario acredite el deber de información; por otra parte, la demandante no confesó que se haya cumplido con dicha obligación, pues se limitó a señalar que solo se le informó que obtendría una devolución de aportes en el evento de no acceder a la pensión, sin que deba correr con las consecuencias de un traslado sin tener la información pertinente; finalmente, que la accionante si incurrió en un error de hecho, el cual vició el consentimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si debe mantenerse el retorno a



Colpensiones, en tanto se configuró una confianza legítima y si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Inicialmente debe señalarse que si bien la accionante como primera medida encaminó la acción y la alzada a efectos que se mantenga el retorno que admitió *Colpensiones y Porvenir S.A* en el año 2017, lo cierto es que debe establecerse en primer lugar si el traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 5 de abril de 1995 es ineficaz, pues en tal evento, las cosas retornan a su estado original, perdiendo de igual manera validez cualquier acto de traslado o retorno al Régimen de Prima Media que haya perdido vigencia por no acreditar los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias



negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y*



realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado a *Porvenir S.A* del 5 de abril de 1995 (Fl 167), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar*



por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, estima la Corporación le asiste razón a la apelante, en el sentido que por activa no se verificó una confesión que la AFP haya cumplido en su integridad con el deber de información, pues si bien se relataron algunas características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en manera alguna manifestó que se le haya explicado de manera clara y veraz todas las características del régimen pensional, así como las ventajas y desventajas que implicaban en su caso particular el traslado, ni aspectos tales como el capital que requeriría ostentar en su cuenta de ahorro individual a efectos de acceder a una pensión, lo cual le hubiese permitido analizar con detenimiento la decisión a adoptar, más aun cuando aseveró la accionante que el proceso de traslado se explicó en su sitio de trabajo, sin ahondar en las características del régimen, limitándose solo a señalar los beneficios, como el pensionarse a menor edad y que los ahorros serían sujetos de devolución.

En ese orden de ideas, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes esbozados, resultaba menester declarar la ineficacia del traslado, situación que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, primas de la aseguradora y todos los rubros que se haya causado en virtud del traslado, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas



sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Debe acotarse que en el presente evento, los montos fueron objeto de devolución, no obstante se deberá disponer lo pertinente a efectos que tal medida incluya todos los emolumentos que deben reposar en *Colpensiones*.

Por otra parte, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera aducido por el *a-quo*, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal



dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En ese orden de ideas, el traslado de régimen resulta ineficaz, lo cual releva a la Sala del estudio del principio de confianza legítima en la aceptación del retorno acaecida en el



año 2017, en tanto las cosas retornar al estado anterior al traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es dable concluir que, de conformidad con la historia laboral de *Colpensiones*, la accionante reporta para el mes de enero de 2020, un total de 1841,43 semanas; de igual manera al haber nacido el 22 de diciembre de 1959, por lo que arribó a 57 años de edad el 22 de diciembre de 2016, cumpliendo así los requisitos para acceder la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, máxime que, tal como se estableció en precedencia, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, normativa que regula en lo pertinente:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

“A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

“2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

“A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Ahora bien, sería del caso determinar el monto atinente al IBL, así como la tasa de reemplazo, ello en tanto la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión el 26 de julio de 2018, aduciendo haber dejado de cotizar, no obstante, de la revisión de la historia laboral actualizada a enero de 2020, se evidencia que durante los años 2018 y 2019, continuó cotizando por conducto del SENA e incluso en diciembre de 2019



reposan cotizaciones por la Caja Colombiana de Subsidio Familiar, motivo por el cual no es dable realizar las liquidaciones respectivas sin tener certeza sobre el retiro del sistema o la fecha en que cesó de cotizar, que se reitera, se había anunciado en el año 2018, lo cual se desvirtúa de la historia laboral actualizada al presente año.

Por ende, *Colpensiones* a efectos del reconocimiento pensional, deberá tener en cuenta la fecha del retiro efectivo del sistema o de la última cotización, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 *ejusdem*.

Finalmente, respecto de las excepciones, se tiene que aquellas no están llamadas a prosperar por lo antes analizado, aunado a ello que frente a la ineficacia del traslado, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por las resultas del proceso. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *MARTHA LUCÍA SANDOVAL LACHE*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 4 de abril de 1995, tramitado por *PORVENIR S.A.*

TERCERO: CONDENAR a *COLPENSIONES* a no reintegrar valor alguno a *Porvenir S.A* por concepto del traslado de régimen que inicialmente fue admitido, así como **ORDENAR** a *PROVENIR S.A.*, a trasladar la totalidad de los valores que reposaron en la cuenta de ahorro individual incluyendo todos los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y todos los demás emolumentos que se hubieren generado mientras perduró la vinculación, sin que sea dable verificar descuento alguno.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *MARTHA LUCÍA SANDOVAL LACHE*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

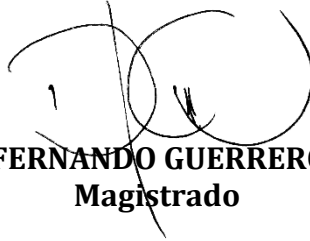
QUINTO: CONDENAR a *COLPENSIONES* a reconocer a la señora *MARTHA LUCÍA SANDOVAL LACHE* la pensión de vejez desde la fecha del retiro efectivo del sistema, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, liquidando la prestación económica de conformidad con los postulados contenidos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.



SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 31 2019 739 01
Demandante: IRMA LEONOR JURADO MORALES
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada por Colpensiones se le reconoce personería adjetiva para actuar, en representación de dicha entidad, a la profesional del derecho *Alida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación elevados por las partes, demandante y demandada, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 3 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Irma Leonor Jurado Morales* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta los aportes realizados por las sociedades *Inmobiliaria Selecta S.A* y *Promotora Alborada S.A*, en el ciclo de noviembre de 2003 a marzo de 2014, más el retroactivo pensional, los intereses moratoria y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso en que se encontraba afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde mayo de 1998 hasta octubre de 2003, laborando para las sociedades *Inmobiliaria Selecta S.A* y *Promotora Alborada S.A*, quienes efectuaron en legal forma los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; que en julio de 2015 el Comité de Multivinculación dejó sin efectos el traslado a *Skandia*, razón por la cual los aportes desde octubre de 2003 hasta marzo de 2014 fueron trasladados a *Colpensiones*, lo cual se verificó el 5 de febrero de 2016; que al realizar el conteo de semanas se evidencia que no se registraron en la historia laboral aproximadamente 847 días, es decir 121 semanas, las que fueron efectivamente cotizadas.

Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta 1387 semanas, cuando en realidad tenía un total de 1508; que el 13 de febrero de 2018 solicitó la corrección de los periodos, esto es, desde octubre de 2003 hasta octubre de 2005 y de mayo de 2006 a marzo de 2014, sin que a la fecha se haya accedido a tal pedimento.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en el escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo no constarle los períodos que se echan de menos, en tanto debieron ser cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a ello que al momento del traslado se tuvieron en cuenta todas las semanas efectivamente cotizadas y cuando los pagos trasladados figuren reportados por un menor valor que la cotización, se genera una deuda a cargo del empleador, e implica una imputación de menor cantidad de días.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción o caducidad y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de junio de 2020, condenó a *Colpensiones* a reliquidar la pensión de vejez aplicando una tasa de reemplazo del 60%, tomando como valor de la primera mesada



pensional a partir del 13 de junio de 2016, la suma de \$6.543.274; más el retroactivo pensional por valor de \$5.705.804 del 13 de junio de 2016 al 30 de junio de 2020, absolviendo del pago de intereses moratorios, accediendo en consecuencia a la indexación.

Decisión que fuere adoptada por la *a-quo* señalando que en el presente proceso no se discutió lo atinente al IBL, sino a la tasa de reemplazo, por lo cual centró el análisis en tal aspecto, señalando que la accionante cotizó hasta marzo de 2014 en *Old Mutual* (Fl 15), y en la casilla de monto de cotización, se evidencia estar tres (3) puntos por debajo de lo que se debía solucionar por el empleador, por lo cual no se acreditó que se haya cancelado el 100% de los aportes en esos interregnos, por lo cual no es dable imputar responsabilidad alguna por un eventual pago deficitario, a *Colpensiones*, y en ese orden de ideas le asistió razón a la entidad al tomar los días que corresponden por el monto efectivamente pagado, sin que sea dable ordenar al fondo privado solucionar sumas a la entidad accionada, toda vez que *Old Mutual* no fue demandado.

Por otra parte, que para efectos de la tasa de reemplazo debe estarse a las semanas y al IBL ya reconocido en el acto administrativo que reconoció la pensión, evidenciando que el IBL asciende a \$10.905.457 y las semanas a 1383, por lo cual, de verificada la fórmula $r=65.5\% - 0.5$ por veces salario mínimo ($15.81 \times 0.5 = 7.9$), arrojaría una tasa de reemplazo inicial del 57,6%, y teniendo en cuenta que cuenta con 83 semanas adicionales, ascendería un total de 2.4%, para un total del 60%, esto es, superior a la reconocida por *Colpensiones*.

Finalmente, absolvió del pago de intereses moratorios al no ser procedentes y condenó al pago de la indexación de las sumas que arrojan la reliquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Por activa se formuló recurso de alzada, señalando que también debió analizarse lo atinente al IBL, en tanto al contar *Colpensiones* solo 22 días por mes, afecta de manera directa dicho monto; por otra parte, que los tres puntos faltantes en las cotizaciones, se deben a que el Fondo Privado destino el 1.5 al fondo de garantía de pensión mínima y lo restante al seguro previsional y a los gastos de administración; de tal manera, que los empleadores si solucionaron el 100% de la



cotización, lo cual se acredita en la comunicación de *Colpensiones* del 10 de septiembre de 2018, y los reportes de *Skandia*, lo cual implica dejar de reconocer 121 semanas, lo cual impacta no solo la tasa de reemplazo, sino el IBL.

Por su parte *Colpensiones* interpuso alzada, señalando que se cuenta con la respuesta de *Skandia*, por lo cual se modificarían los porcentajes de la pensión de vejez.

De igual manera se estudiará en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses y La Nación funge como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si se debe reliquidar la pensión de vejez, en cuanto al IBL y la tasa de reemplazo.

c. De la calidad de pensionada:

Previo a desatar la litis, resulta oportuno recabar en que no existe debate alguno respecto a que la libelista obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez mediante la Resolución No. GNR 341724 del 17 de noviembre de 2016, en cuantía inicial de \$6.444.035, tomando un IBL de \$10.905.457 y una tasa de reemplazo del 59.09% (Fls 36 a 44).



De igual manera, tampoco se discute la normativa aplicable frente al reconocimiento de la prestación económica, y que, dada a la fecha de causación, corresponde a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

d. De las semanas cotizadas:

Inicialmente debe referirse que la *a-quo* señaló que el objeto de debate se centraba en analizar exclusivamente la tasa de reemplazo. De igual manera, que la historia laboral dio cuenta de pagos por debajo del IBC, por lo que se ajustaba a derecho el acoger el número de días que mensualmente corresponderían a dicho pago, esto es, 22 días y no 30 por cada mensualidad. Por su parte el recurrente, que también fue objeto de discusión los atinente al IBL y que la diferencia porcentual en el IBC, corresponde a que el Fondo Privado al cual estuvo temporalmente afiliada, cuando verificó el traslado de los aportes a *Colpensiones*, descontó montos que destinó al fondo de garantía de pensión mínima, así como al seguro provisional y gastos de administración, lo cual, señala, se acreditó documentalmente.

Ahora bien, es menester referir como primera medida, que *a contrario sensu* de lo estimado por la *a-quo*, por activa se pretendió la reliquidación pensional, sustentando el supuesto fáctico que el Comité de Multivinculación dejó sin efectos el traslado a *Skandia*, razón por la cual los aportes desde octubre de 2003 hasta marzo de 2014 fueron trasladados a *Colpensiones*, no obstante no se registraron en la historia laboral aproximadamente 847 días, es decir 121 semanas, lo que se traduce que en total solo se hayan tenido en cuenta 1387 semanas, cuando en realidad había cotizado tenía un total de 1508, lo cual, en caso de salir avante las pretensiones, repercute de manera directa tanto en el cálculo del IBL como de la tasa de reemplazo.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la discrepancia en el número de semanas cotizadas, se contrae a que el Fondo Privado al momento de trasladar los aportes a *Colpensiones*, no lo hizo de manera integral, en tanto, se descontó un 3%, lo cual no implica que no se haya la cotización por los empleadores de manera integral, refiriendo la parte demandante, que dicha situación se acreditó en el plenario con la comunicación de *Colpensiones* del 10 de septiembre de 2018, y los reportes de *Skandia* que militan en el expediente administrativo.



Ahora bien, de la historia laboral aportada en el expediente administrativo, actualizada al 16 de diciembre de 2019, se evidencia que, en efecto en los períodos referidos por activa, se reporta un monto inferior de cotización, imputándose por ende 22 días por cada mensualidad, señalando la leyenda frente a dicha diferencia “valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo”; de igual manera, que *Colpensiones* verificó dicha imputación de conformidad con lo regulado en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, derogado por el Decreto 1406 de 1999, en cuyo artículo 53, se consagra:

“IMPUTACIÓN DE PAGOS EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES. <Artículo compilado en el artículo 3.2.1.13 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4.1.1 del mismo Decreto 780 de 2016> La imputación de pagos por cotizaciones realizadas a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones se efectuarán tomando como base el total de lo recaudado para cada uno de dichos riesgos, y conforme a las siguientes prioridades:

- 1. Cubrir los aportes voluntarios realizados por los trabajadores.*
- 2. Cubrir las obligaciones con los fondos de solidaridad.*
- 3. Aplicar al interés de mora por los aportes no pagados oportunamente y correspondientes al período declarado.*
- 4. Cubrir las cotizaciones obligatorias del período declarado. En el caso de pensiones, se entienden incluidos los aportes para la pensión de invalidez y sobrevivientes, al igual que los gastos de administración y reaseguro con el Fondo de Garantías.*

Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.

- 5. Acreditar lo correspondiente a aportes voluntarios efectuados por el empleador en favor de sus empleados*

En ese orden de ideas, al haberse verificado una devolución de aportes por la AFP Privada, en un monto inferior al salario que estima la demandante devengó y cotizó el empleador, estaba habilitada *Colpensiones* para imputar el monto al número de días que equivaldría la respectiva cotización que fuera objeto de devolución.

Ahora bien, aduce el recurrente que en la comunicación del 10 de septiembre de 2018, la accionada reconoce que el monto cotizado fue superior. Sobre el particular, dicha documental, señala:



“En atención a su solicitud ante la Superintendencia Financiera de Colombia, nos permitimos informarle que en respuesta a nuestro requerimiento a través del procedimiento establecido entre las AFP’S y Colpensiones con radicado No. 15358 en el que se solicitó a la AFP OLD MUTUAL las aclaraciones correspondientes a la información remitida en el archivo plano SKCPPNV20160308.E75.

“La Administradora de Fondos de Pensiones - AFP OLD MUTUAL confirma:

“(...) De acuerdo a la información reportada por la afiliada en el mes de enero se realizó corrección de la información reportada por el proceso de no vinculados, en esta validación se cruzaron las planillas de pago físicas, con el fin de reportar, IBC, cotización obligatoria, días, novedades y demás conceptos. Esta información fue retransmitida mediante archivo plano: SKCPPNV20160308.r75.

“Adjunto Archivo plano y notificación de la corrección realizada.(...)”

“A la fecha nos encontramos en el proceso de validación para solicitar el cargue de la información remitida de la AFP mencionada. En caso de que el archivo genere algún tipo de error, los ciclos de su historia laboral no serán cargados y se devolverán al fondo privado correspondiente para su corrección.

“Estaremos atentos a la ejecución de este proceso para según el resultado realizar las acciones necesarias a fin de actualizar su historia laboral”.

En ese orden de ideas, en manera alguna la documental acredita que *Colpensiones* haya reconocido la existencia de cotizaciones superiores a las reportadas por la AFP, máxime que, se reitera, en la historia laboral actualizada al 16 de diciembre de 2019, se reportan por la demandada 22 días en los períodos echados de menos por activa.

Por otra parte, no se evidencia que la AFP haya trasladado sumas equivalente al 3% que aduce el recurrente dejaron de solucionarse, asistiéndole razón a la *a-quo* que de establecerse que la presunta diferencia se debe a una inconsistencia imputable a la AFP, no es dable emitir orden alguna, en tanto aquella no fue vinculada al proceso.

En ese orden de ideas, no se evidencia que se haya acreditado una indebida imputación de pagos por parte de *Colpensiones*, pues, se reitera, no se aportó documental alguna que acredite que en efecto le fueran trasladadas cotizaciones superiores a las reportadas en los períodos relatados en la demanda, máxime que la documental en la que sustenta la alzada no tiene el alcance dado por activa, para



acreditar dicha situación, aunado a ello que no se accionó en contra de la AFP a efectos de establecer si en efecto realizó un indebido traslado de aportes, quedando huérfano de prueba la aseveración del apelante, en el entendido que el 3% faltante, en realidad se deban a lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, seguro previsional y a los gastos de administración.

En ese orden de ideas, no es dable reliquidar el IBL ni la tasa de reemplazo con base en las 121 semanas, que aduce ni le fueron tenida en cuenta.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en primera instancia la *a-quo* refirió que aún con las semanas certificadas por *Colpensiones*, la tasa de reemplazo sería superior a la reconocida.

Para tal efecto, es menester de la Sala recordar que la norma llamada a regular el monto de dicha pensión no es otra que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. “El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. “A partir del 1º de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: “El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

r = 65.50 - 0.50 s, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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



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

De manera que lo primero que evidenciamos es que la demandante cuenta con 83 semanas adicionales a las 1300 exigidas por el legislador.

Resta entonces por despejar la fórmula “ $r = 65.5\% - 0.50$ ”, pero para ello se debe establecer el IBL del demandante acorde lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para lo cual se debe acoger el monto establecido por Colpensiones en la resolución de reconocimiento, eso es, \$10.905.457, los cuales para el año 2016 corresponden a 15.81 SMLMV.

Ahora bien, para efectos de aplicar la fórmula es menester memorar que la normativa consagra unos topes mínimos y máximos de la tasa de reemplazo, de manera decreciente en función del nivel de ingresos, entre el 55% y el 65% y del 70,5 al 80%, respectivamente.

En tal medida, al aplicarse la precitada fórmula tenemos que:

$$R \text{ (tasa de reemplazo)} = 65,5\% - 0,5 \times (15.81)$$

$$R = 65,5\% - 7.90$$

$$R = 57.09\%$$

Ahora bien, se reitera que se estableció por el *a-quo* que contaba con 83 semanas adicionales a las 1300, por lo cual se incrementa en 1.5%, por las primeras 50, para un total de 59.09%, la cual corresponde con la reconocida por *Colpensiones*, debiendo acotarse que no es dable incrementar el porcentaje por las semanas cotizadas entre las 51 y las 83, como se consideró en primera instancia, al no ser factible un incremento proporcional por tiempos inferiores a factores o múltiplos de 50 semanas, lo cual además fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 2019, en la que refirió:



“Para sustentar el cargo por violación del artículo 48 superior explica que la norma demandada prevé que, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, la pensión se incrementará en un 1.5% el ingreso base de liquidación, pero omite definir sobre qué sucede cuando las semanas no alcanzan esa fracción, lo que ejemplifica al cuestionar “¿en cuánto sería el aumento si se contara con 99 semanas adicionales?”, y dice que esto lo han resuelto las autoridades administrativas y judiciales de forma exegética, solo otorgando el porcentaje por la fracción cumplida, lo que desatiende la finalidad del derecho a la seguridad social.

“[...]

“Para dar solución al cargo se inicia con el desarrollo del derecho fundamental a la seguridad social, en punto a la pensión de vejez en el régimen de prima media, la manera en la que se estructura y la trascendencia que allí adquiere el principio de solidaridad inter e intrageneracional. Así mismo enfatiza que las pensiones reconocidas en tal régimen se financian por un fondo común, y el Estado como garante subsidia parte de las mismas. Además, se explica que el aumento porcentual del monto de la pensión por cada 50 semanas es resultado de incentivar la permanencia de los cotizantes por un periodo, que corresponde a un año en las mediciones económicas, y que hace parte del modelo actuarial implementado para otorgarle equilibrio financiero al sistema. También se recaba en que esa exigencia ha sido constante desde el Decreto 3071 de 1966, utilizado desde que se implementó el régimen de prima media en Colombia.

“La Corte reitera que el Congreso tiene un amplio margen de configuración legislativa, entre otros para establecer requisitos de acceso a las prestaciones, determinar los mecanismos para la ampliación de la cobertura, modificar los topes pensionales y las cotizaciones; que por ello se aplica el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por virtud del cual solo pueden declararse inexecutable aquellos contenidos que de manera directa vulneren derechos fundamentales, contraríen los mandatos constitucionales o fijen regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas.

“Al analizar los cargos presentados la Sala Plena refiere que la disposición demandada concreta el principio de solidaridad en el sistema pensional, dado que otorga un equilibrio al sistema que lo hace sostenible, en tanto las 50 semanas adicionales para aumentar el monto, incentivan la permanencia en la cotización, que coadyuva a ingresar recursos en el régimen de prima media con prestación definida.

“Asimismo, se sostiene que la disposición no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. Y se explica que tal medida ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta



llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la fórmula, en lo que a ese aspecto atañe.

“Por último la Sala encuentra que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 se declare executable por el cargo analizado.

En ese orden de ideas, se evidencia que la *a-quo* incrementó la tasa de reemplazo teniendo en cuenta una fracción de semanas inferior a 50, esto es, la comprendida entre las semanas 1351 y 1383, lo cual implicó disponer la reliquidación de la pensión, decisión que será revocada según las consideraciones vertidas en precedencia.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a *Colpensiones* de todas las pretensiones incoadas en su contra. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

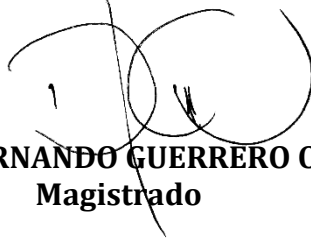
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de junio de 2020, para en su lugar **ABSOLVER** a *Colpensiones* de todas las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

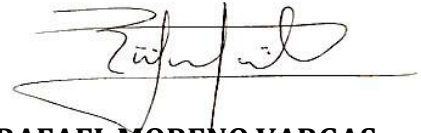
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020