

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS HUMBERTO PEÑA YANQUEN, ANDRÉS BOLÍVAR PACHECO Y LUIS CARLOS MORALES TAMBO contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS EN LIQUIDACIÓN, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y FIDUCIAR S.A. integrante del consorcio remanentes TELECOM – PAR TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretenden los señores **CARLOS HUMBERTO PEÑA YANQUEN, ANDRÉS BOLÍVAR PACHECO Y LUIS CARLOS MORALES TAMBO**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con TELECOM y que CAPRECOM tienen a su cargo el reconocimiento de su pensión de jubilación o en su defecto COLPENSIONES en el caso de ANDRÉS BOLIVAR, que son beneficiarios del régimen especial de pensiones establecido para los trabajadores de TELECOM en la convención colectiva 1996 – 1997 y su adenda o de la convención colectiva 1994 – 1995 o de la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de lo anterior, solicitan el **reconocimiento y pago** de la pensión de jubilación, desde la fecha en que cumplieron los requisitos, junto

con los reajustes legales, mesadas adicional de junio o mesada 14, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 5 a 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 9 a 12), señalaron que laboraron en TELECOM tiempo en el cual se generaron cotizaciones a CAPRECOM y al momento de la transformación jurídica de aquella, seguían vinculados. Señalan que CARLOS PEÑA cotizó al ISS con posterioridad a su vinculación en TELECOM, acreditando un total de tiempo servido y cotizado de 25 años, 11 meses y un día. Refieren que LUIS MORALES cotizó al ISS antes de su vinculación a TELECOM, acreditando un total de 22 años, 5 meses y dos días de tiempo servido y cotizado, al igual que ANDRÉS BOLÍVAR cotizó al ISS antes y después de su ingreso a TELECOM, acreditando un total de 20 años, un mes y 10 días. Finalmente, mencionan que efectuaron las respectivas reclamaciones ante CAPRECOM, quien mediante las resoluciones 02867 del 1° de diciembre de 2011, 01341 del 6 de julio de 2012, 01111 del 26 de junio de 2012, 02411 del 27 de noviembre de 2012, 01518 del 29 de junio de 2011 y 01985 del 22 de agosto de 2011, les negó la pensión de jubilación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda (fls. 149 a 156), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia de vínculo de carácter laboral y cobro de lo no debido.

UGPP contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 186 a 189). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 11 a 13 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de falta de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 218 a 234). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 6, 7, 8, 8.2 y 16.2 y no le constan los demás. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, 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 y pago.

FIDUCIAR S.A. integrante del consorcio remanentes TELECOM – PAR TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda (fls. 273 a 283), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, acepta los contenidos en el numeral 1° y señala que es un hecho de un tercero los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada PAR TELECOM, imposibilidad para proferir sentencia de fondo contra el PAR, prescripción, inexistencia de requisitos para la pensión reclamada, inexistencia de la obligación, pago y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de enero de 2020 (CD – fl. 351), **absolvió** a las demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por las accionadas y **condenó** en costas al actor, fijando como agencias en derecho la suma de \$80.000 para cada uno de los demandados.

Fundamentó su decisión, indicando que los accionantes son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo 1996 – 1997, pues además de ser trabajadores de TELECOM, se encontraban vinculadas a esta con anterioridad a la expedición del Decreto 2123 de 1992. Sostiene que en la ADDENDA de la convención se estableció el reconocimiento de tres modalidades pensionales, al igual que establece que para hacerse acreedor a estas, debe ser beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993.

Respecto del demandante CARLOS HUMBERTO PEÑA, indica que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años, 2 meses y 26 días, como tampoco contaba con 15 años de servicio a esa data.

En lo que tiene que ver con LUIS CARLOS MORALES, sostiene que para el 1° de abril de 1994, tenía, 37 años, 3 meses y 21 días, como tampoco acreditaba 15 años de servicio.

Sobre ANDRÉS BOLÍVAR, señala que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba 39 años, 7 meses y 13 días y un tiempo de servicio menor a 15 años. Concluyendo que los accionantes no son beneficiarios de la adenda 1997 – 1998.

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo 1994 – 1995, expone que la Ley 100 de 1993 finalizó con todos los regímenes que hubiesen existido antes de la expedición de la misma y solo permitió la continuidad de aquellos que se encontraran en el régimen de transición, sin que ninguno de los tres demandantes lograra acreditar que eran beneficiarios de dicho régimen.

Finalmente, respecto a la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, indica que los actores al momento de arribar a la edad de 62 años, no acreditan las 1300 semanas exigidas por la norma en cita para acceder a la prestación.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no se hace una lectura íntegra de la adenda, pues se omitió el último párrafo, el cual establece que dicho instrumento no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones vigente para ese momento en TELECOM. Sostiene que vale la pena cuestionarse si en el marco de exigibilidad para efecto de la salvaguarda de esa modalidad de pensión, lo fuese el régimen de transición, por lo que si bien fue representado en una adenda, no quiere decir que se haya dejado sin efectos los presupuestos pensionales y que consagran beneficios para los trabajadores de TELECOM. Indica que ello presupone que

de ninguna forma el sentir de los suscribientes del acuerdo convencional fue el que única y exclusivamente fueran destinatarios de la modalidad de pensión las personas beneficiarias del régimen de transición, incluso, si la adenda convencional no hubiese matizado el presupuesto en favor del régimen de transición, iguales consecuencias le hubiese correspondido en la medida que los presupuestos del artículo 36 identifican a mutuo propio por ley en sentido formal no por ministerio de la convención de que la edad, semanas, monto del IBL en cuanto a su derecho pensional, resultaba susceptible de la norma objeto de aplicación por estar en el sector de las comunicaciones y de la Ley 4ª de 1987 y sus decretos reglamentarios, de surte que es una referencia representativa en favor de un grupo que ya tenía su propio beneficio por el régimen de transición y que de ninguna forma podía ser interpretada en contrario de aquellas personas que como en su caso, no están cubiertas por el régimen de transición. Señala que la adenda a la convención de 1997, en ninguna parte hace referencia a que todos los trabajadores deben estar en el régimen de transición, pues la convención no dice eso y no es dable materializar un presupuesto que no está y en contra del derecho de negociación colectiva y el compromiso de asociación sindical, solamente se hizo extensivo el beneficio pensional a los trabajadores que se encontraban en régimen de transición, además se reconocerá en iguales condiciones que los demás trabajadores en las tres modalidades de pensión, como tampoco se expresa que el tiempo servido debe ser en TELECOM, por ello, en el caso de trabajadores con tiempos cotizados en cajas del sector público deben ser sumados y en ese orden, el régimen pensional de TELECOM no fue modificado, pues en la adenda se dijo que la misma no constituye modificación al régimen especial y excepcional de TELECOM y por ende se debe aplicar la normatividad vigente en el sector de las Telecomunicaciones como lo es la ley 4ª de 1987 y sus decretos reglamentarios que conducen a la aplicación del decreto 2661 de 1960 que establece las modalidades de pensión en dicho sector. Aduce que la edad termina siendo un requisito de exigibilidad al derecho pensional y entonces, a partir de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 no es posible consagrar condiciones pensionales distintas a las establecidas en el sistema general de pensiones y bajo ese entendido, la convención y la adenda fueron celebradas con anterioridad a dicho acto y por ende, no quedaron en desuso. Sostiene que no es necesario que el trabajador este activo para la fecha en que cumplió la edad exigida, pues las partes que

suscribieron el acuerdo no hicieron distinción si el beneficio de pensión debía encontrarse activo al cumplimiento de los 50 años de edad, la cual no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente sino a una situación personal o individual y por tanto, no puede ser vista como requisito de conformación del derecho sino como una condición de su exigibilidad, concluyendo que los requisitos se reducen a dos, la prestación del servicio por 20 años y la desvinculación por cuenta del empleado o causa imputable al empleador, siendo el cumplimiento de la edad indiferente a la convención colectiva de trabajo, como lo ha dicho la corte.

Sobre la pretensión subsidiaria, esto es, la aplicación de la convención 94 – 95, refiere que si bien la Ley 100 deja en evidencia la puesta en marcha del sistema general de pensiones, también lo es que deja una cantidad de regímenes exceptuados y los presupuestos del régimen de transición y las convenciones colectivas de trabajo que no fueron derogadas por la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los demandantes, tienen derecho a la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de trabajo 1996 – 1997 y su adenda o en su defecto, a la contenida en la convención colectiva 1994 – 1995, a partir del cumplimiento de la edad establecida para ello.

De otro lado, frente a lo manifestado por el recurrente en el sentido que se de aplicación a la Ley 4ª de 1987 y sus decretos reglamentarios en la media que la adenda dejó vigente las disposiciones pensionales vigentes en TELECOM, la Sala dado el caso, no se pronunciará al respecto, como quiera que tal aspecto no fue solicitado en la demanda y por ende, no fue materia de fijación del litigio y menos aún, el a quo se pronunció sobre ello en la sentencia objeto de alza, sin que el recurso de apelación sea la etapa procesal oportuna para reformar la demanda.

Pensión de jubilación – convención colectiva de trabajo 1996 – 1997 y adenda

Al respecto, se tiene que la adenda al artículo 2° de la convención colectiva de trabajo 1996 – 1997 (fl. 228 cuaderno anexo), dispone:

“Las partes suscribientes de la presente adenda dan alcance al artículo 2° de la Convención Colectiva de Trabajo 1996 – 1997, suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, SITTELECOM, y el Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones, ATT, con el objeto de aclarar que TELECOM reconoce a los trabajadores cobijados por el régimen de transición establecido en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vinculados a la empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992, las siguientes modalidades de pensión:

- 1. El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.*
- 2. El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.*

Los trabajadores en los cargos denominados como de excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio, sin consideración a la edad, y en los términos del Decreto 1835 de 1994

La presente adenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM.”

Ahora, si bien los demandantes en el recurso de alza solicitan la inaplicabilidad de la citada norma bajo el entendido que al sistema pensional de TELECOM no le es aplicable el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual, sea de paso advertir, no se pidió en la demanda, es del caso indicar que al tratarse de un acto jurídico suscrito por las organizaciones sindicales en comento son solo éstas quienes se encuentran legitimadas para pedir la inaplicación del mismo y no los trabajadores beneficiarios de aquella, pues a estos solo les ésta dado en virtud del artículo 476 del CSJ exigir el **cumplimiento del acuerdo convencional o el pago de daños o perjuicios cuando ese incumplimiento le ocasione un perjuicio individual**; situaciones que en el presente caso no se dan en la medida que los actores no solicitan el cumplimiento de la disposición en conflicto sino la inaplicación de ésta lo cual, se itera, está dado únicamente para quienes la suscribieron.

De otro lado tampoco se observa que el referido texto convencional haya modificado o extinguido algún derecho, simplemente aclaró el artículo 2° de la convención el cual establece que quedan vigentes las normas que consagren derechos en beneficio de los trabajadores consignadas entre otras en leyes las cuales quedan incorporadas en el acuerdo convencional, en el sentido de indicar que las modalidades de pensión serían aplicadas a los beneficiarios del régimen de transición el cual fue creado con la Ley 100 de 1993, normatividad ésta que al momento de expedirse la convención colectiva de trabajo se encontraba vigente y por ende, quedo incorporada en el texto convencional, de ahí que los sindicatos hayan celebrado el citado documento a fin de aclarar tal punto.

Adenda ésta que ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 32927 del 1° de diciembre de 2009 y la proferida en ese mismo proceso en sede de instancia el 1° de marzo de 2011 y en la SL – 609 de 2017 en la que dicha Corporación, analiza el reconocimiento de la pensión de jubilación a un trabajador de TELECOM teniendo en cuenta lo dispuesto en dicha norma convencional estudiando por ende lo relativo al régimen de transición sin hacer mención alguna a la inaplicabilidad de ésta al régimen pensional de los trabajadores de las telecomunicaciones, el cual, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no hace parte del régimen exceptuado, de ahí, que le sea aplicable dicha Ley contrario a los argumentos dados por el apelante en el recurso de alzada.

De otro lado observa esta Colegiatura que tampoco es viable acceder a lo pretendido por los accionantes cuando estos según su conveniencia solicitan en al alzada, la inaplicabilidad de la norma en cuestión únicamente en lo que al régimen de transición se refiere, para luego pedir el reconocimiento de la pensión de jubilación contenida en el numeral primero de ésta, por cuanto ello iría en contra del principio de insensibilidad de la norma al solicitar su aplicación de manera parcial.

Siendo ello así procede la Sala al estudio de la pensión de jubilación deprecada, encontrado en lo atinente al régimen de transición en el caso del señor **CARLOS HUMBERTO PEÑA YANQUEN**, que según la copia del registro civil de nacimiento que milita a folio 1 del cuaderno anexo, nació el

4 de enero de 1957 acreditando al 1° de abril de 1994 37 años de edad, al igual que de la documental de folio 26 cuaderno anexo, se extrae que laboró al servicio de TELECOM desde el 17 de mayo de 1979 al 28 de febrero de 2011 contando a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 14 años, 9 meses y un día laborados, de donde se colige que no es beneficiario del régimen de transición al no acreditar 40 años de edad o 15 años de servicio al 1° de abril de 1994.

En cuanto al señor **LUIS CARLOS MORALES TAMBO**, nació el 9 de diciembre de 1956 (fl. 36 cuaderno anexo), acreditando a 1° de abril de 1994, la edad de 37 años y de la documental de folios 46 y 67 del cuaderno anexo, cotizó al ISS del 21 de enero de 1980 al 20 de febrero de 1982, esto es, 2 años y un mes laboró en TELECOM del 21 de enero de 1980 al 26 de julio de 2003, de los cuales, 13 años, un mes y un día se prestaron antes del 1° de abril de 1994, sin que para ello se haya contabilizado el tiempo cotizado al instituto en tanto este es simultáneo con TELECOM y no puede tomarse como tiempo doble, en tanto este solo aplica dado el caso para determinar el IBL, por lo que, bajo ese entendido, no es beneficiario del régimen de transición.

Ahora, respecto al señor **ANDRÉS BOLÍVAR PACHECO**, nació el 14 de agosto de 1954 (fl. 90 cuaderno anexo), acreditando a 1° de abril de 1994 39 años, como también, de la documental de folios 111 y 146 del cuaderno anexo, cotizó al ISS de forma interrumpida del 22 de diciembre de 1973 al 2 de junio de 1984, un total de 1 año y 7 meses y laboró en TELECOM del 10 de septiembre de 1984 al 26 de julio de 2003, para un total de 11 años, un mes y 16 días a 1° de abril de 1994; luego no es beneficiario del régimen de transición.

Por lo anterior, al no ser los demandantes beneficiarios del régimen de transición no es dable el reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el numeral 1° de la adenda al artículo 2° de la convención colectiva de trabajo 1996 – 1997 la cual exige para acceder a ésta, contar con 50 años de edad y 20 años de servicio continuos o discontinuos, en tanto como se indicó, no son beneficiarios del régimen de transición

contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, requisito éste sine qua non para acceder a la prestación en comento.

Pensión de jubilación – convención colectiva de trabajo 1994 – 1995

Revisado el texto convencional (fls. 178 a 91), observa la Sala que el mismo no estipula ningún de pensión, pues el único artículo que trae a colación ese tema, es el 27, que establece la forma de liquidar la pensión de vejez para algunos servidores así:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones de que trata la Ley 100 de 199, tengan 35 o mas años si son mujeres o 40 o más si son hombres, o 15 o más años de servicio, será el promedio mensual de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello contado a partir de la vigencia de la precitada Ley, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Sin que de la lectura de dicho artículo, se desprenda que el mismo trae consigo alguna pensión de jubilación a favor de los trabajadores de TELECOM, como tampoco se denota alguna otra cláusula que sobre el tema, remita a otra convención o a la Ley.

Así las cosas, como quiera que los demandantes no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contenida en la adenda de la convención colectiva 1996 – 1997, como tampoco se encontró prestación alguna en el acuerdo convencional 1994 – 1995, el cual puedan ser beneficiarios, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de los demandantes.

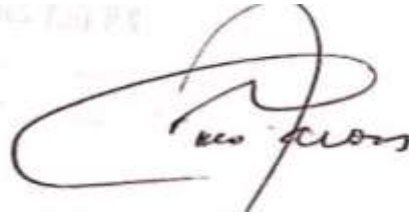
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

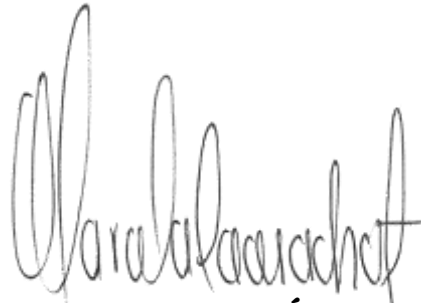
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

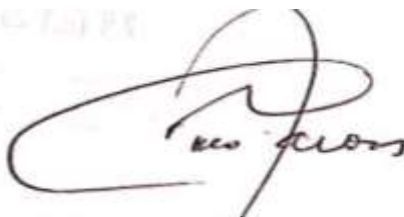
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de los demandantes, la suma de \$300.000 pesos para cada uno.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MIRYAM GIL ZAMUDIO contra
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA MIRYAM GIL ZAMUDIO**, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión legal proporcional, a partir del 5 de abril de 2015, fecha en que cumplió 60 años, actualizando el último salario promedio devengado, junto con los incrementos legales, mesadas adicionales, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 6 y 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que se vinculó a la CAJA AGRARIA mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 10 de febrero de 1972 al 15 de noviembre de 1991, el cual terminó por mutuo consentimiento, según audiencia especial de conciliación llevada a cabo el 5 de noviembre de 1991. Refiere que el último cargo desempeñado fue el de secretaria frado 15 de la subgerencia de seguros – departamento técnico

administrativo, con un salario promedio mensual de \$394.559. Sostiene que el 5 de abril de 2015, cumplió la edad de 60 años. Finalmente, aduce que elevó reclamación administrativa sin que a la fecha, diera respuesta a la misma

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UGPP contestó la demanda (fls. 31 a 36), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 5 a 7 y niega los demás. Propuso como excepciones de mérito las de cosa juzgada, conciliación, afiliación al ISS, pago, falta de causa, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019 (CD – fl. 87), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por la demandada, **declaró** que la demandante tiene derecho a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, junto con las mesadas adicionales a partir del 5 de abril de 2015 en cuantía del 73.7% del IBL correspondiente al último salario promedio actualizado a la fecha de causación y que arroja una mesada de \$3.134.500,19, **condenó** a la UGPP a pagar a la accionante la suma de \$270.573.319 por mesadas pensionales causadas entre el 6 de abril de 2015 y el 30 de noviembre de 2019 y a partir de diciembre de la misma anualidad, una mesada de \$3.801.040,11 la cual deberá ser reajustada de manera anual, valores que deberán ser indexados mes a mes desde la fecha de causación y hasta cuando sean cubierto en su totalidad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, **declaró** que la pensión restringida tiene carácter de compartida con la pensión de vejez que reconozca COLPENSIONES en caso de reconocimiento de la prestación por parte de la entidad, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor, **autorizó** a la UGPP para que de las sumas que resulten por concepto de mesadas pensionales indexadas, descuente el valor de los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud, en el porcentaje que en derecho corresponde y **condenó** en costas a la accionada.

Fundamentó su decisión, indicando que no es objeto de discusión el vínculo de la demandante con la extinta CAJA AGRARIA y que el último salario promedio devengado fue la suma de \$394.559, al igual que cumplió 60 años de

edad el 5 de abril de 2015. Expone que el nacimiento de la pensión restringida de jubilación lo es por el tiempo de servicios y la voluntad del trabajador de poner fin a la relación laboral, siendo la edad una condición de exigibilidad de la prestación, como así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. Refiere que la demandante para acceder a la prestación reclamada, debe acreditar el tiempo de servicios y el retiro voluntario de la entidad como lo dispone el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, encontrando que prestó los servicios para la CAJA AGRARIA desde el 10 de febrero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, esto es, por un lapso de 19 años, 9 meses y 6 días, al igual que el vínculo culminó por mutuo acuerdo entre las partes según se desprende del acta de conciliación, acreditando así los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación y por ende, se condenará a la demandada a su pago desde el 5 de abril de 2015, fecha en que cumplió los 60 años de edad. Sobre el monto de la pensión, esta lo será en cuantía proporcional al tiempo de servicios sobre el promedio del salario devengado en el último año de servicios, que equivale a \$394.559 el cual, deberá actualizarse conforme a la fórmula expuesta por la Corte Suprema de Justicia, junto con los reajustes legales, arrojando una mesada de \$3.134.500,19 a la que previamente se le había aplicado el 73.7%, para un retroactivo a 30 de noviembre de 2019 de \$270.573.519. Expone que la demandada también deberá pagar la mesada adicional de junio como quiera que la prestación se causó en noviembre de 1991, al igual que se le autorizará el descuento por concepto de aportes a salud. Finalmente, aduce que la pensión tiene el carácter de compartida por lo que en caso de serle otorgada la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, quedará a cargo de la UGPP el mayor valor si lo hubiere e indexará las sumas adeudadas al momento de pago.

APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación, manifestando que existe una pérdida de vigencia del artículo 8° de la ley 171 de 1961, como quiera que dicha norma mantuvo su vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a partir de la cual empezó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que no contempla las pensiones por retiro voluntario, adicional a que el contrato terminó por mutuo consentimiento y no por retiro voluntario, como lo contempla dicha norma.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión restringida de jubilación contenida en el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP respecto a lo que no apeló, se analizará si dicha prestación es compartida con la de vejez que le llegare a otorgar COLPENSIONES, al igual que se estudiará lo relativo a los factores salariales que se deben tener en cuenta para su reconocimiento.

Pensión restringida de jubilación

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 43751 de 2014, ha indicado que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, sin que para el efecto se tenga en cuenta si la entidad afilió o no al trabajador en su momento al ISS en tanto tal requisito, es aplicable a la pensión sanción contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, norma ésta que no aplica para el caso objeto de estudio.

Al constatar si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso segundo del artículo 8° de la ley 171 de 1961 esto es, retiro voluntario, 15 años y menos de 20 de servicio a la entidad y 60 años de edad (éste último solo de exigibilidad para el pago), se tiene que nació el 5 de abril de 1955 (fl. 19), cumpliendo la edad el mismo día y mes del año 2015, así mismo y en lo que al tiempo de servicio se refiere, según la documental de folio 23, se evidencia que laboró al servicio de la extinta CAJA AGRARIA desde el 10 de febrero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, para un total de servicios prestados de **19 años, 9 meses y 6 días**, por lo que al culminar el contrato de trabajo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le es aplicable la Ley 171 de 1961.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la entidad, a folio 21 obra copia del acta de conciliación celebrada entre la actora y la extinta CAJA AGRARIA el 5 de noviembre de 1991, de donde se colige que el contrato de trabajo culminó por mutuo acuerdo entre ellos, asemejándose la misma a un

retiro voluntario por parte del trabajador, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 43751 del 9 de abril de 2014, en la que hace alusión al proveído del 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en providencia del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938.

De suerte que se dan los presupuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, para que la accionante acceda a la pensión restringida de jubilación esto es, más de 15 años de servicio y menos de 20, retiro voluntario y 60 años de edad este último acreditado el 5 de abril de 2015.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar este tipo de pensiones, la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023 y en la SL 3687 del 29 de agosto de 2018 radicado 56866, indicó que los mismos deben ser los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Conforme a ello, encuentra la Sala que el Salario promedio devengado por la señora Gil Zamudio en el último año de servicios corresponde a la suma de **\$266.855** (fl. 23) que comprende \$2023.706 de sueldo básico y \$63.149 de prima de antigüedad. Suma ésta que se indexa con base entre otras en la sentencia SL 3726 de 2018, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras el 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350 y que corresponde a:

$$\begin{aligned} & \$266.855 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 2014 - 118,15166)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1990 - 10,96102)}} \end{aligned}$$

Total ingreso base indexado: **\$2.876.499**

Valor al que se le aplicaría el 74.12% que es el que le corresponde dado el tiempo de servicios, no obstante, como quiera que este aspecto se analiza en virtud del grado jurisdiccional que le asiste a la demandada, sin que se le pueda agravar su situación, es por lo que se dejará el que tomó el a quo, esto es, **73.7%**, arrojando una mesada pensional de **\$2.119.980 al 5 de abril de 2015**, la cual

resulta inferior a la otorgada en primera instancia, de ahí que sobre este aspecto se modifique la decisión objeto de alzada y consulta.

Ahora en lo atinente a la mesada adicional de junio, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014 al resolver un caso con similares situaciones fácticas a las aquí planteadas señaló:

“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”

De donde se colige que la accionante tiene derecho a la mesada adicional de junio, pues como se indicó en precedencia, la pensión restringida de jubilación se causa con el retiro del servicio y el tiempo laborado siendo el requisito de edad únicamente de exigibilidad para su pago.

Prescripción

De plano, observa la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el derecho a la pensión restringida de jubilación se hizo exigible el 5 de abril de 2015 y la demanda se presentó el 25 de junio de la misma anualidad (fl. 1), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Conforme a ello, se tiene que el valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 5 de abril de 2015 y el 30 de septiembre de 2021, asciende a **\$223.512.414**, que comprende 25 días y 10 mesadas incluidas las adicionales de junio y diciembre para 2015 por valor de \$2.119.980 cada una, 14 mesadas para 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, en razón de \$2.263.503, \$2.393.654, \$2.491.554, \$2.570.785 y \$2.668.475 respectivamente y 10 mesadas para 2021 incluida la adicional de junio, en la suma de \$2.711.437, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la inclusión en nómina. Mesadas que deberán ser indexadas al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IPC INICIAL el de la anualidad anterior a la de causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha de pago.

Compartibilidad

Al respecto, es del caso advertir que de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la pensión aquí reconocida será compartida con la que COLPENSIONES le llegue a reconocer a la demandante, siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en la norma en cita, quedando a cargo de la entidad, solo el mayor valor si lo hubiere.

Finalmente, en lo que hace a los descuentos por concepto de aportes a seguridad social en salud, la UGPP deberá realizarlos, de acuerdo a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 52165 del 4 de noviembre de 2015.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia en lo que al valor de la mesada pensional y del retroactivo se refiere.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

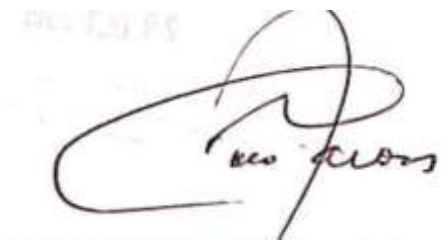
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional de la demandante asciende a **\$2.119.980 al 5 de abril de 2015** y el retroactivo de las mesadas causadas desde dicha data hasta el 30 de septiembre de 2021, corresponde a la suma de **\$223.512.414**, siendo el valor de la mesada pensional para el año 2021 de \$2.711.437, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la inclusión en nómina, las cuales deberán ser indexadas al momento de su pago, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

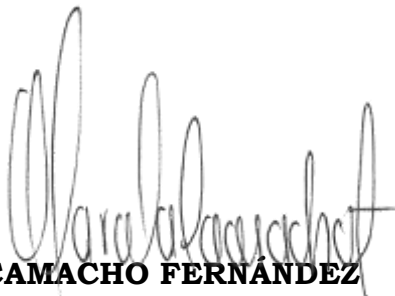
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, el proveído objeto de alzada y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

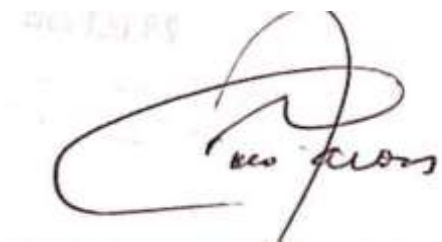


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARCOS JAIMES VILLANUEVA
contra WEATHERFORD COLOMBIA LTD, WEATHERFORD SOUTH
AMERICA GMBH Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MARCOS JAIMES VILLANUEVA**, se **declare** que prestó sus servicios para GENERAL PIPE SERVICE hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA INC del 15 de febrero de 1979 al 15 de marzo de 1989. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a las demandadas al reconocimiento y pago del cálculo actuarial a que tiene derecho por haber laborado para esa compañía, se **ordene** que ese cálculo sea trasladado a PORVENIR para que esta le reconozca y pague la pensión de vejez y a expedir una certificación donde consten todos y cada uno de los salarios que fueron devengados durante todo el tiempo en que prestó el servicio, para que PORVENIR elabore el cálculo actuarial (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 3), señaló que nació el 15 de agosto de 1959 y laboró para GENERAL PIPE SERVICE INC del 15 de

febrero de 1979 al 15 de marzo de 1989, desempeñando el cargo de tornero en la base de Sabana de Torres, devengando como último salario la suma de \$116.700. Refiere que el pasivo pensional de esa empresa se encuentra a cargo de WEATHERFORD SOUTH AMERICA INC y WEATHERFORD COLOMBIA LTD. Sostiene que ha cotizado para los riesgos de IVM en PORVENIR. Finalmente, expone que con el tiempo de servicios prestado a dichas empresas acredita ante PORVENIR las semanas y edad para que esta le reconozca la pensión de vejez.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones condenatorias de este (fls. 51 a 68). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 a 5 y 7 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y ausencia de causa, buena fe y prescripción.

WEATHERFORD COLOMBIA LTD se opuso a las pretensiones condenatorias de la demanda (fls. 73 a 81). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 7 y 12 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PORVENIR contestó la demanda (fls. 104 a 112), en la que no se opuso ni se allana a las pretensiones. En cuanto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de petición antes de tiempo, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de septiembre de 2019 (CD – fl. 176), **declaró** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y GENERAL PIPE SERVICE INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH desde el 15 de febrero de 1979 hasta el 15 de marzo de 1989, **ordenó** a PORVENIR realice el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión del accionante, para el

periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1979 hasta el mes de febrero de 1989 y para marzo de 1989 tendrá un salario de \$116.700, **condenó** a WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH a trasladar con base en el cálculo actuarial elaborado por PORVENIR a favor del actor y a entera satisfacción de la AFP, **ordenó** a PORVENIR tener en cuenta el valor del cálculo actuarial para que sea incluido en la cuenta de ahorro individual del accionante, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute la relación laboral del demandante para con GENERAL PIPE SERVICE, pues así lo aceptó WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH al contestar la demanda, al igual que según el certificado de existencia y representación legal de ésta última, se evidencia que son la misma empresa. Señala que en cuanto al pago de los aportes a pensión respecto de las empresas en las que no existía cobertura del ISS, en este caso las del sector petrolero, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2016, refirió que abandona criterios anteriores en los que justificaba el no pago de esos aportes ante la falta de cobertura del ISS, para mencionar que bien sea por ausencia de aportes, falta de cobertura del ISS, omisión del responsable de las cotizaciones debidas o que se trate de una empresa del sector petrolero que fue llamada a afiliarse desde el 1° de octubre de 1993, el empleador debe atender el pago de esos aportes cuando la prestación estuvo a su cargo y solo allí se puede librar de esa carga, sin que sea relevante si el contrato mantuvo vigencia antes o después del llamado a inscripción, ya que en cualquier caso el patrono debe responder por las cargas pensionales de sus trabajadores, a través del pago del cálculo actuarial. Aduce que con base en ello, la demandada tiene la obligación de efectuar las cotizaciones a pensión del 15 de febrero de 1979 al 15 de marzo de 1989, pues si bien no se trata de un empleador omisivo teniendo en cuenta la falta de cobertura, tampoco puede decir que se encontraba eximido, pues debió efectuar los aprovisionamientos de capital para tal efecto, por lo que considera, se debe condenar a la accionada a transferir el cálculo actuarial que para el efecto elabore PORVENIR, respecto del periodo en que estuvo vigente la relación laboral y que una vez reciba, deberá incluirlo en la historia laboral, al igual que deberá elaborarlo con

base en el último salario reportado que equivale a \$166.700 a marzo de 1989, como quiera que no se allegó certificado de salarios, siendo carga del actor aportar dicha prueba, tomando para los demás ciclos el salario mínimo legal mensual vigente. En cuanto a lo manifestado por la demandada en el sentido que el demandante también debe aportar, indica que en la jurisprudencia que hace alusión al pago de cálculos actuariales, nada se dice sobre efectuar descuentos sobre lo que le hubiere correspondido aportar al trabajador, sumado a que no se acreditó que al actor le efectuaran algún tipo de descuento por concepto de aportes. Finalmente, en lo que tiene que ver con WEATHERFORD COLOMBIA LTD, refiere que no se impondrá condena alguna como quiera que no fungió como empleadora del accionante, sin que se observe alguna solidaridad que pueda derivar de la misma.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no se encuentra de acuerdo con la absolución de WEATHERFORD COLOMBIA LTD, en tanto existen pruebas de la existencia de la solidaridad, pues en el hecho 6 de la demanda se indicó que esta es quien asume el pasivo pensional de GENERAL PIPE SERVICE INC. Menciona que tanto WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH como WEATHERFORD COLOMBIA LTD tienen los mismos representantes legales y la misma dirección y en tratándose de los pagos de los cálculos actuariales, es aquella quien los está efectuando sin que alguna parte aparezca WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, de ahí que ambas empresas deban responder de manera solidaria.

WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH apeló la decisión, señalando que solo hasta la expedición de la Resolución 4250 de 1993 se estableció de manera obligatoria la afiliación al ISS de los trabajadores de la industria del petróleo, siendo claro que normativamente no existía ningún tipo de obligación por parte de empleador de hacer la afiliación y por ello no se debe acceder a ordenar el pago del cálculo actuarial. Indica que no existe norma que estableciera que se tuviera que hacer algún aprovisionamiento o reserva legal por el tiempo en que estuvo suspendida la obligación de afiliación y

bajo ese entendido, no es dable manifestar que durante ese lapso el empleador tenía en todo caso el deber de efectuar esa provisión, sin que por ello se haya tenido desamparado a los trabajadores, pues en caso de materializarse algún riesgo (IVM), el empleador hubiera asumido las prestaciones que en su momento de hubieren generado, por lo que no puede después de 30 años de terminada la relación laboral determinar que existe obligación de efectuar esos aportes para liberarse de una obligación que nunca se concretó, en la medida que ninguno de esos riesgos se dio en vigencia de la relación laboral. Menciona que la omisión de afiliación obligatoria no puede trasladarse al empleador, sino que debería ser el estado o la entidad que en su momento tenía la obligación de llamar a afiliación obligatoria, pues no puede el patrono asumir esa carga cuando no estaba en sus manos llamar a afiliación a los trabajadores que en ese momento prestaban sus servicios a empresas petroleras. Afirma que el actor no acreditó que el no pago de esos aportes al día de hoy le haya generado o frustrado la expectativa de acceder a la pensión de vejez, tan así que no hay certeza que ese dinero vaya a contribuir para el reconocimiento de la prestación de vejez. Finalmente, solicita que en caso que no se acojan sus argumentos, debe tenerse en cuenta que el cálculo no debe ser asumido en su totalidad por el empleador y que solo se pague lo que le hubiese correspondido y este a su cargo, descontando lo que debía asumir el trabajador.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la accionada WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH está obligada a pagar a PORVENIR el cálculo actuarial elaborado por este, por la no afiliación del demandante a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1979 y el 15 de marzo de 1989 cuando prestó sus servicios a GENERAL PIPE SERVICE INC, teniendo en cuenta que solo hasta el 1° de octubre de 1993, se efectuó el llamado a inscripción al ISS de las empresas del sector petrolero. Así mismo, se analizará si WEATHERFORD COLOMBIA LTD es solidariamente responsable del pago del referido cálculo.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y GENERAL PIPE SERVICE INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, la cual fue declarada por el a quo, sin que sobre ello se presentara reparo alguno por las partes, de donde se colige, que el señor MARCOS JAIMES VILLANUEVA laboró al servicio de dicha empresa, desde el 15 de febrero de 1979 hasta el 15 de marzo de 1989, desempeñando el cargo de tornero, devengando como último salario la suma de \$116.700.

Cálculo actuarial

Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1°, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora en tratándose de empresas petroleras como la demandada, con la expedición del Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al seguro social obligatorio de dichas empresas, sin embargo, de conformidad con el artículo 5° del Acuerdo 257, la fecha de llamado a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que viabilizaran la aplicación de la cobertura.

Por lo anterior, se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, dicha data se aplazó mediante Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de 1982 y luego al 1° de enero de 1983 de conformidad con la Resolución 4659 de 1982. Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta

Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores.

Es así, como el Instituto fue reestructurado a través del Decreto 2148 de 1992 y en uso de las facultades conferidas en dicho Decreto, el presidente de la entidad emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 fijando el 1° de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 1° de octubre de 1993 en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador, no obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de

pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

De manera que, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fue obligatoria desde el 1° de octubre de 1993, contrario a lo señalado por el recurrente, tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas, al laborar el demandante para GENERAL PIPE SERVICE INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH del 15 de febrero de 1979 al 15 de marzo de 1989; periodos estos en los que la empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, es claro, que de lo dicho en precedencia debe responder por esos lapsos en que la prestación por vejez estuvo a cargo del empleador, de ahí que deba como lo indicó el operador de primer grado transferir a la administradora de pensiones en este caso PORVENIR, bajo la modalidad del cálculo actuarial, los valores que esta indique por los lapsos en comentario.

Aportes que la pasiva deberá sufragar como se indicó, a través del **cálculo actuarial independientemente que la relación laboral haya culminado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, sin que pueda considerarse una aplicación retroactiva de dicha norma**, pues así lo señaló

la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia al analizar un caso de similares características al presente, esto es, en sentencia SL 509 de 2021 en la que hace alusión a la SL 2584 de 2020, en la que señaló:

“Acorde con todo lo anterior, se itera, que en la actualidad existe un criterio sólido y reiterado en punto a que el trabajador tiene derecho a obtener el reconocimiento del tiempo laborado a través del pago de un cálculo actuarial a favor de la administradora de pensiones, al margen de las razones que hubieran originado la falta de afiliación, esto es, si fue por omisión del empleador, por falta de cobertura del sistema, porque el empleador aún no había sido llamado a inscribirse o por razones de fuerza mayor que lo impidieron, esto es, aún en los eventos en que la ausencia de afiliación no obedezca a su culpa o negligencia.

Tal línea de pensamiento responde a una solución adecuada y suficiente, por lo cual no se estima necesaria su rectificación. De ahí que no le asiste razón a la recurrente al perseguir la absolución de la condena impartida en su contra, ni tampoco que esta se sustituya únicamente por el valor de los aportes indexados correspondientes al empleador, como se solicita en el alcance subsidiario de la impugnación y lo sostiene al final del cargo.

Así se afirma, en tanto la causa eficiente por la cual el empleador es quien debe asumir íntegramente la mencionada erogación, radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo (CSJ SL SL2584-2020). De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre la sociedad demandada y el demandante, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la parte recurrente.

De otro lado, tampoco se equivocó el sentenciador de alzada al condenar a ExxonMobil de Colombia S.A., a «trasladar a través de un título pensional» la suma correspondiente a los aportes por el tiempo laborado por el actor, lo cual deberá efectuarse «previo cálculo actuarial realizado por [...] Colpensiones», toda vez que, como lo tiene enseñado la jurisprudencia, la obligación de tal pago no depende del elemento subjetivo de culpa o negligencia que trata de incluir el censor como condicionante, sino que está ligada a la prestación efectiva de los servicios para un empleador privado, elemento que está fuera de discusión en esta causa, sin que tal gravamen pueda ser considerado como una aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 y menos como una sanción.

En efecto, en la decisión CSJ SL 2584-2020, sobre el particular se fijó las siguientes reglas: (i) el pago del título pensional a la entidad de seguridad social, tiene por finalidad cubrir los periodos no cotizados por el empleador e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez; ii) lo precedente no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley, por cuanto se garantiza la preponderancia de la satisfacción de los derechos fundamentales del

trabajador para la construcción de su derecho pensional, derivado de los periodos en que trabajó; (iii) la responsabilidad financiera del empleador, persiste aún ante la falta de cobertura del ISS; y (iv) en relación con la obligación antes mencionada, es irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la carga que se asume se deriva de los servicios prestados.

Aunado a lo anterior, es importante señalar, que el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador» deberá trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca que el pago del último debe estar sujeto a la negligencia u omisión de dicho empleador.”

De otro lado, en lo que se refiere al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que el mismo no procede y por ende, corresponde a la accionada, sufragar la totalidad del aporte, como así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

“Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y

todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

Ahora, en cuanto a la manifestación hecha por el recurrente en el sentido que no se probó si con los aportes cuyo pago se pretende, le alcanzaría para acceder a la pensión de vejez, ha de advertirse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1505 de 2020, en la que trae a colación la SL 5109 de 2019, sobre ese aspecto, puntualizo:

*“En efecto, la obligación de responder por el valor del cálculo actuarial «[...] busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales»; de otro lado se propende por «[...] **la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede cotizar hasta obtenerla**».”*
(Resaltado de la Sala).

De donde se colige, que el hecho que dado el caso el actor no acredite con los periodos que se pretende convalidar mediante el cálculo actuarial el derecho a la pensión, no le impide exigir los mismos a su empleador, pues se trata del derecho a la seguridad social y del producto de su trabajo y por ende no pueden desconocerse, así el trabajador opte en caso de no acceder a la prestación de vejez, por la devolución de saldos, pues este también es un derecho que hace parte del sistema de seguridad social en pensiones y que también puede verse truncado ante la falta de dichas cotizaciones.

Solidaridad

Alega el demandante que se debe condenar solidariamente al pago del cálculo actuarial a WEATHERFORD COLOMBIA LTD, por cuanto es quien tiene a su cargo el pasivo pensional de GENERAL SERVICE PIPE INC, sumado a que los representantes legales de esta además de la dirección, son los mismos que WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH.

Al respecto, se tiene que al revisar el certificado de existencia y representación legal de WEATHERFORD COLOMBIA LTD (fls. 14 a 18), se observa que no asumió obligación alguna relacionada con GENERAL PIPE

SERVICE INC, como tampoco se puede decir que es socio o beneficiario de la obra, como para inferir una solidaridad en los términos de los artículos 34 y 36 del CST, tan así que tampoco se demostró que tuviera a su cargo el pasivo pensional de dicha empresa como lo señala el actor en los hechos de la demanda.

Ahora, no sucede lo mismo con no sucede lo mismo con WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, pues del certificado que reposa a folios 10 a 13 del plenario, se extrae:

“QUE POR ESCRITURA PÚBLICA N° 6938 DE LA NOTARIA 6 DE BOGOTA D.C. DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008, INSCRITA EL 02 DE OCTUBRE DE 2008 BAJO EL NUMERO 169865 DEL LIBRO VI, LA SUCURSAL DE LA REFERENCIA CAMBIO SU NOMBRE DE: GENERAL PIPE SERVICE INC, POR EL DE: WEATHERFORD SOUTH AMERICA INC.”

(...)

QUE POR ESCRITURA PÚBLICA N° 559 DE LA NOTARIA 38 DE BOGOTA D.C. DEL 28 DE ENERO DE 2015, INSCRITA EL 3 DE FEBRERO DE 2015 BAJO EL NUMERO 00241967 DEL LIBRO VI, LA SOCIEDAD CASA PRINCIPAL DE LA SUCURSAL DE LA REFERENCIA CAMBIO SU NOMBRE DE WEATHERFORD SOUTH AMERICA INC, POR EL DE: WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH”

Conforme a ello, es claro que la entidad que pasó a asumir las obligaciones de GENERAL PIPE fue WEATHERFORD SOUTH, tal y como lo estableció el a quo, de ahí que se le haya condenado al pago del referido cálculo y si bien los representantes legales y direcciones de ambas empresas son las mismas, ello no quiere decir que se trate de la misma persona o que la una tenga que ver con la otra, pues en los aludidos certificados de existencia y presentación legal nada se dice al respecto; luego es claro que no existe ninguna solidaridad entre las compañías demandadas.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, como quiera que las mismas se dan por compensadas dada la improsperidad de los recursos interpuestos por las partes.

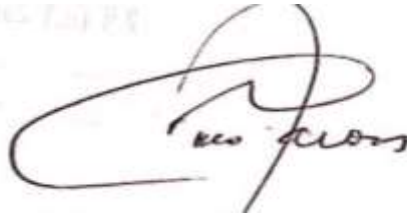
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ DEL CARMEN RUÍZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ DEL CARMEN OLIVERIO RUÍZ**, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago del incremento 14% sobre la pensión de vejez, para su esposa para su cónyuge desde la fecha en que fue pensionado, junto con la indexación de las sumas adeudadas y el pago de las costas y agencias en derecho (fl. 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 1 y 2), señaló que mediante Resolución 010800 del 23 de junio de 1997, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 1997, sin que le otorgaran los incrementos por personas a cargo. Refiere que convive con su esposa RAQUEL BLANCO SIERRA desde hace 47 años, quien no es pensionada, no trabaja, ni posee rentas o ingresos económicos fijos diferentes a la ayuda que él le proporciona, dependiendo económicamente de él. Finalmente sostiene que el 3 de febrero de 2017 elevó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando el incremento pensional, agotando de esa manera la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 21 a 25), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 6 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al indexación, pago y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de enero de 2020 (CD – fl. 42), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, señaló que los incrementos por personas a cargo, no hacen parte de la pensión, siendo una prestación adicional a esta, por lo que fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994 fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993, protegiendo las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir el derecho pensional bajo el antiguo régimen. Sostiene que al haber adquirido el actor el derecho a la pensión con posterioridad al 1° de abril de 1994, concretamente el 1° de julio de 1997, no tiene derecho a los incrementos por personas a cargo y por ello se debe absolver a la demandada.

CONSULTA

La parte de demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el

artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSÉ DEL CÁRMEN RUÍZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 010800 del 23 de junio de 1997 (fl. 10), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$172.005, a partir del 1° de julio de 1997.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica;

todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

"ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de julio de 1997**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

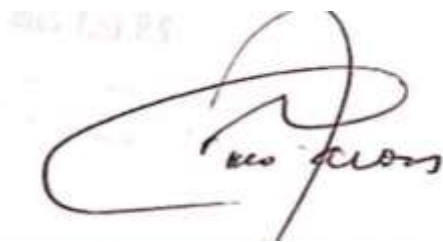
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized initial 'L' and 'A' followed by the name 'Barón Corredor' in a cursive script.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

A handwritten signature in dark ink, with a large, stylized initial 'D' and 'M' followed by the name 'Camacho Fernández' in a cursive script.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized initial 'E' and 'C' followed by the name 'Carvajalino Contreras' in a cursive script.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEXANDRA FORERO BUITRAGO
contra RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A. EN
REORGANIZACIÓN**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ALEXANDRA FORERO BUITRAGO**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo del 4 de febrero de 2013 al 17 de enero de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de las cesantías del año 2016, junto con la sanción por no consignación de las mismas, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido indirecto, pagos a la cooperativa COPINKE, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que ingresó a laborar con la demandada el 4 de febrero de 2013 mediante contrato verbal, desempeñándose como analista de servicio al cliente, en un horario de 7 am a 4 pm. Indicó que ejercía la función de supervisor in house

para la accionada en la empresa NICOMAR, devengando como último salario la suma de \$900.000. Refiere que el 19 de enero de 2017 presentó carta de renuncia, diciendo como justa causa el incumplimiento de las obligaciones, tales como el no pago oportuno de salarios, no pago de prima de servicios, cesantías y vacaciones, a lo que el 10 de marzo elevó petición solicitando el pago de tales emolumentos, convocando a la demandada a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, sin que aquella se presentara. Sostiene que se encontraba afiliada a la cooperativa COPINKE, autorizando al empleador el descuento de sus salarios de los aportes a esta, los cuales eran descontados por REDETRANS sin que efectuara el pago. Finalmente, menciona que a la fecha, la accionada no le ha cancelado las prestaciones sociales y acreencias laborales adeudadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

REDETRANS contestó la demanda a través de curador ad litem (fls. 97 a 99), en la que se atuvo a lo que resulte probado en el proceso. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 3, 11 a 13, 22 y 23 y no le constan los demás. Propuso la excepción de prescripción.

De otro lado, en audiencia de que trata el artículo 77 del CPL celebrada el 10 de septiembre de 2019 (CD – fl. 108), la accionada se hizo presente mediante apoderada, siendo relevado del cargo el curador ad litem.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de septiembre de 2019 (CD – fl. 108), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo del 4 de febrero de 2013 al 17 de enero de 2017, **condenó** a la accionada a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$1.565.086,17 de cesantías por el lapso del 1° de enero de 2015 al 17 de enero de 2017, \$182.206,44 de intereses al as cesantías del 1° de enero de 2015 al 17 de enero de 2017, \$447.946,59 de prima de servicios del segundo semestre de 2016 y proporcional para 2017, \$1.781.250 de vacaciones del por todo el tiempo laborado, \$450.000 de indemnización por despido indirecto, \$21.600.000 de indemnización moratoria por el periodo

comprendido entre el 18 de enero de 2017 y el 18 de enero de 2019 y a partir del 19 de enero de 2019 y hasta que se efectuó el pago de las acreencias adeudadas, intereses moratorios a la tasa máxima definida por la Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para cuando se efectúe el pago y \$7.152.285 de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, **declaró** no probada la excepción de prescripción, **absolvió** a la accionada de las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$828.116.

Fundamentó su decisión, indicando que hay duda respecto de la relación laboral que existió entre las partes, que data del 4 de febrero de 2013 al 17 de enero de 2017 mediante un contrato de trabajo a término fijo. En cuanto al salario, señala que correspondía a la demandante demostrar el salario el cual aduce que inicialmente era de \$800.000 y finalmente de \$900.000, para lo cual de las documentales aportadas se denota que para enero de 2016 era de \$844.000, julio de 2016 de \$900.000 y enero de 2017 de \$900.000 este último aceptado por la accionada en el interrogatorio, de ahí que para las demás anualidades se time como tal el mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas. Frente a las prestaciones sociales solicitadas, la demandada aceptó que le adeuda las de 2015, 20156 y proporción a 2017 y en la medida que no obra prueba de su pago, señala, se debe condenar a la demandada a pagarlas. Sobre la indemnización por despido indirecto, expone que la demandante renunció por causas imputables al empleador y que se traducen en el no pago de las prestaciones objeto de condena entre otros, encontrándose probado el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones, de ahí que considere, haya lugar al pago de la indemnización por despido indirecto la cual habrá de liquidarse dada la modalidad del contrato que es a término fijo. Respecto a la indemnización moratoria, alude la demandada que el no pago de prestaciones devino a raíz de la crisis económica en que se encuentra la empresa y si bien fue admitida en proceso de reorganización en 2018, esa crisis venia desde 2016, adicional a que fue objeto de hurto de más de 1000 millones, sumado al paro de 2016 que generó la crisis económica, sostiene el a quo hay lugar al pago de la indemnización como quiera que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que los trabajadores no tienen por qué asumir los riesgos o pérdidas del empleador de carácter económico, a más que la sola insolvencia no tiene el

potencial suficiente para ser exonerado de la aludida indemnización, sin que la demandada lograra demostrar el pago de las prestaciones sociales y que su omisión devino por actos de buena fe, de ahí que aduzca, se deba condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria. En cuanto a la excepción de prescripción, afirma que el contrato culminó el 17 de enero de 2017, a lo que la demandante elevó una petición a la accionada el 10 de marzo de 2017 solicitando el pago de las acreencias adeudadas y la demanda la presentó el 6 de julio de 2017, sin que transcurriera el término trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPL, por lo que dicho medio no prospera, a más, que las condenas impuestas datan de 2015, 2016 y proporción 2017, adicional a que las vacaciones tienen un término de prescripción especial y por ende, ninguna quedaría cobijada por dicho fenómeno. Finalmente, en lo que se refiere a la sanción por no consignación de las cesantías, indica que se debe ordenar su pago sobre la no consignación de las cesantías únicamente del año 2015.

APELACIÓN

REDETRANS interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe declarar probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones del año 2013, pues al dar una correcta aplicación del artículo 488 del CST, estas estarían prescritas. Sobre la indemnización moratoria, refiere que el despacho señala que hubo mala fe por no tener en la etapa de conciliación una fórmula de arreglo y por el contrario, la representante legal propuso un arreglo acorde a los requisitos, reglamentos y prohibiciones establecidas para el régimen de insolvencia empresarial y que se pagarían conforme a lo dispuesto por la Superintendencia de Sociedades, el cual se encuentra en el orden 5 por ser litigioso. Indica que debe tenerse en cuenta que se trata de un empleador insolvente y no en liquidación, pues se encuentra en reorganización que se dio precisamente dada su insolvencia, a más que no se tuvo en cuenta que su actuar ha sido de buena fe en tanto ha reconocido la deuda desde el inicio de la reorganización, cuyas causas datan de 2016, pues hasta esa fecha, fue cumplida con sus obligaciones laborales. Finalmente, respecto a la condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, señala que no hubo motivación frente a determinar la mala fe, pues solo se tuvo en cuenta el hecho mismo de la no consignación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si las vacaciones objeto de condena concretamente las del año 2013 se encuentran prescritas, al igual que se analizará si hay lugar al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción por no consignación de las cesantías del año 2015 a un fondo.

De otro lado, frente a las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales, vacaciones de 2014 a 2017 e indemnización por despido indirecto, la Sala no se pronunciará al respecto como quiera que no fueron objeto de apelación por ninguna de las partes.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes y que fue declarada por el a quo, sin que sobre este aspecto se presentara reparo alguno por las partes, de donde se colige que entre la señora ALEXANDRA FORERO BUITRAGO y REDETRANS S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo del 4 de febrero de 2013 al 17 de enero de 2017.

Prescripción de las vacaciones

Sobre el tema, el artículo 488 del CST, consagra:

“...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...”

Así mismo, el artículo 151 del CPL señala:

“...Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el

empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual...”

De donde se colige, que el término prescriptivo es de tres años.

Ahora, en lo que se refiere a las vacaciones, el inciso primero del artículo 187 del CST, establece: *“La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.”* Luego es claro, que las vacaciones son exigibles un año después de su causación.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2149 de 2020 y 46704 del 26 de octubre de 2016 en lo que a la forma de contabilizar el término prescriptivo de las vacaciones se refiere, en esta última, indicó:

“... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.”

En ese orden de ideas, es claro que para revisar la prescripción de las vacaciones se deben contabilizar 4 años, pues se itera, son 3 años de prescripción y un año que tiene el empleador para concederlas, por tanto, al haber culminado la relación laboral el 17 de enero de 2017 y reclamado la demandante ante la empresa el pago de las prestaciones sociales y vacaciones el 10 de marzo de la misma anualidad (fl. 17), además de presentar la demanda el 6 de julio de 2017 (fl. 33), resulta evidente que las vacaciones causadas del 4 de febrero de 2013 al 4 de febrero de 2014, no se encuentran prescritas en la medida que estas se causaron en febrero de 2014 y la accionada tenía hasta febrero de 2015 para concederlas, empezando a contar el término prescriptivo desde esta última data, de ahí que a la fecha de presentación de la demanda, hayan transcurrido tan solo 2 años, 5 meses y 19 días; luego tal medio exceptivo como lo señaló el a quo, no prospera.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías del año 2015 a un fondo

Sobre el tema, debe señalarse que estas sanciones son inexorables y automáticas salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Descendiendo al caso objeto de estudio, aduce la accionada que el no pago de las prestaciones sociales y vacaciones objeto de condena, devino por la crisis económica que atraviesa la empresa lo cual empezó en 2016 y por ello, en 2018 entraron en reorganización dada su insolvencia e incapacidad de pago.

Sobre los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en principio no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco la situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia con radicado 37288 del 24 enero de 2012, en la que sostuvo:

*“Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria;** en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.*

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena

automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de***

la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)”. (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Criterio que fue reiterado en sentencia SL16884-2016, en la que indicó:

“(...) 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. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493)”.

Hechas las anteriores presiones, del certificado de existencia y representación legal de la demandada (fls. 100 a 107), se desprende que el 30 de agosto de 2018 se admitió a la empresa en proceso de reorganización, luego si bien la misma aduce que su crisis económica data del año 2016, lo cierto es que el no pago de las cesantías e intereses sobre las mismas deviene del año 2015, mientras que las vacaciones no se cancelaron durante la vigencia de la relación laboral esto es, desde el 4 de febrero de 2013, de ahí que no sean de recibo los argumentos dados por la demandada, quien desde el inicio del vínculo laboral, se sustrajo de sus obligaciones, sobre las cuales no encuentra la Sala justificación alguna, siendo su actuar de mala fe, pues no puede escudarse en una insolvencia económica cuando fue admitida en el proceso de reorganización en agosto de 2018 y el no pago de prestaciones y vacaciones deviene como se dijo, desde 2013.

Con todo ello, no cabe duda que le asiste razón al a quo al condenar a la accionada al pago tanto de la indemnización moratoria como de la sanción por no consignación de las cesantías del año 2015 a un fondo.

Finalmente, sobre el monto y forma de calcular estas sanciones la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto, como quiera que esos aspectos no fueron materia de alzada.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de REDETRANS S.A. en reorganización.

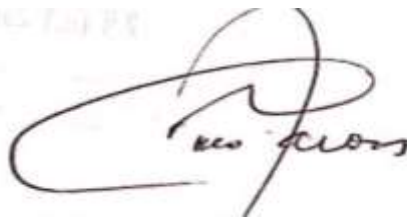
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

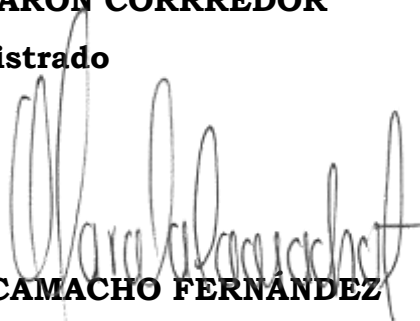
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de REDETRANS S.A. en reorganización.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



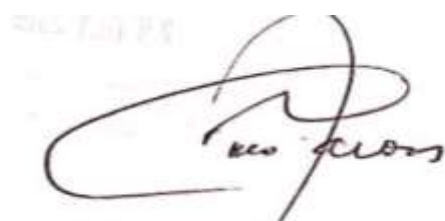
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de REDETRANS S.A en reorganización, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ALEJANDRO MARTIN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MANUEL ALEJANDRO MARTIN**, se **declare** la nulidad de la presunta afiliación al RPM a través de COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES que los aportes que forzosamente ha pagado el empleador desde el mes de enero de 2016, sean trasladados a PROTECCIÓN con sus respectivos rendimientos financieros y a esta, disponga la recepción de tales aportes y su inclusión en la cuenta de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES al pago de los perjuicios materiales por la imposibilidad de realizar cotizaciones y capitalizaciones en el RAIS, más las cotas de proceso (fls. 59 y 60).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 60 a 63), señaló que se incorporó al servicio de BAYER S.A. desde el 14 de febrero de 2000 para desempeñar el cargo de GERENTE DE MARKETING Y VENTAS, el cual

estuvo vigente hasta el 15 de diciembre de 2015. Expone que dada su condición de extranjero y bajo la circunstancia de que los riesgos de IVM se encontraban cubiertos por el sistema pensional argentino y por la póliza global 800.891, las partes voluntariamente se acogieron a la no obligatoriedad de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones en Colombia, de ahí que no tuviera la voluntad de afiliarse a ninguna administradora de pensiones, y por ende, jamás suscribió ni prestó autorización para suscribir en su nombre formulario de afiliación alguno para ingresar al sistema de seguridad social en pensiones. Refiere que tuvo conocimiento que en el RUAF se registra una novedad de afiliación a COLPENSIONES desde el 1° de enero de 2012, por lo que realizó sendos requerimientos junto con su empleador a COLPENSIONES para que expidiera un copia simple del formulario de afiliación, a lo que dicha entidad en comunicación del 4 de febrero de 2016, se limitó únicamente a expedir un certificado de afiliación, sin aportar el formulario, para después el 7 de abril de 2016, señalar que no cuenta con tal documento. Menciona que el 1° de enero de 2016 pactó una nueva relación laboral con BAYER S.A. y la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones a PROTECCIÓN S.A. Aduce que la presunta afiliación a COLPENSIONES jamás fue consentida por él y dada la afiliación a esa entidad, PROTECCIÓN se ha visto imposibilitado para recibir los aportes a pensión, los cuales se han tenido que realizar a COLPENSIONES. Finalmente, afirma que la información suministrada por COLPENSIONES ha sido errada pues en el RUAF parece afiliado a esta desde 2012 mientras que la entidad señala que lo desde 2014, lo cual también le genera la imposibilidad de acceder a las prerrogativas pactadas en el plan institucional de pensiones que se ha celebrado entre PROTECCIÓN y BAYER S.A. en su beneficio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 103 a 111). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 4.6 a 4.12 y 4.17 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 134 a 145). Sobre los hechos, acepta el contenido en el numeral 17 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, imposibilidad de aceptar el traslado del demandante a PROTECCIÓN y cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

De otro lado, en audiencia del 16 de octubre de 2019 (Cd – fl. 262), el a quo ordenó integrar el contradictorio con **BAYER S.A.**, de quien no aparece en el expediente escrito de contestación de la demanda, salvo lo manifestado por el a quo en audiencia del 7 de febrero de 2020, donde indicó que dicha empresa coadyuvaba las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de febrero de 2020 (CD – fl. 289), **negó** las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que según el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en pensiones los extranjeros vinculados mediante contrato de trabajo y como voluntarios, aquellos pero que se encuentren afiliados al sistema de su país de origen. Refiere que en el presente caso no se evidencia prueba fehaciente que permita establecer con claridad si efectivamente el actor realizaba aportes a su país de origen, dada su condición de trabajador extranjero en nuestro país, se ahí que estuviera sometido al imperio de la Ley Colombiana. Sostiene que la afiliación a COLPENSIONES se efectuó en el año 2012 y solo hasta el 31 de mayo de 2017 es que el accionante acude a través de apoderado judicial solicitando la nulidad de la afiliación pese a que completó un aproximado de 171 semanas cotizadas, de manera que esa afiliación fue ratificada bajo la continuidad de los aportes pese a que no se le efectuaron descuentos en su momento si aparecía la afiliación, a más que no obra en el proceso la póliza a la que hace alusión en los hechos de la demanda y sobre la cual señala, estaba en el sistema de pensiones de Alemania, país de origen del

empleador, éste último a quien se ordenó integrar el contradictorio y quien tampoco aportó la aludida póliza, de ahí que no pueda partir de simple suposiciones o cábalas para dar por acreditado un hecho que no fue acreditado dentro del plenario. Finalmente, afirma que no es posible acceder a lo peticionado en la demanda ante la ausencia de los elementos probatorios requeridos, máxime si de lo manifestado por PROTECCIÓN también se denota que el actor no ha estado afiliado a esta.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el despacho no tuvo en cuenta que está demostrado que en el primer vínculo labora que tuvo con BAYER, no era un afiliado obligatorio teniendo en cuenta el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, toda vez que se trata de un extranjero que si bien tenía un contrato de trabajo en Colombia, estaba cubierto por la seguridad social no solo de su país de origen Argentina sino también el Alemania con el fondo de previsión sobre el cual, si bien se extraña una prueba documental, él aceptó que efectuaba aportes tanto en esos países que es la casa matriz de BAYER en el fondo provisional, el cual tenía por objeto cubrir el riesgo de vejez en la vigencia del primer contrato de trabajo, siendo afiliado al sistema general de pensiones en Colombia. Sostiene que la UGPP inició un proceso de revisión en BAYER siendo esa la razón por la cual se encuentra afiliado a COLPENSIONES, dado el proceso de fiscalización en el que advirtió que existía una presunta omisión por BAYER en su afiliación y la de 91 trabajadores más, a lo que dicha entidad remitió un oficio a COLPENSIONES, haciendo caso omiso el Juzgado que la UGPP desestimó ese proceso para lo cual efectuó el estudio que aquí se desconoce respecto de la calidad de afiliado voluntario y no obligatorio, reconociendo que sí fue un afiliado voluntario en la vigencia del primer contrato con BAYER, es decir, cuando se realizó la afiliación transitoria por parte de la UGPP a COLPENSIONES, de ahí que no le asista razón al juez al considerar que se trataba de un afiliado obligatorio. Afirma que con posterioridad al 1° de enero de 2016 al iniciarse una nueva relación laboral con BAYER las partes pactaron unas nuevas condiciones de trabajo donde se convino realizar la afiliación a un fondo de pensiones con el que tiene convenio el empleador y es donde se tiene conocimiento de la afiliación a COLPENSIONES, sin que exista una

ratificación por haber estado en el ente de seguridad social, pues todos desconocían que la UGPP lo había afiliado a COLPENSIONES, pues esa notificación nunca se hizo, tan así que PROTECCIÓN niega la afiliación bajo el entendido que se encontraba afiliado a COLPENSIONES. Indica que el despacho le impone una carga que no le corresponde, pues decidió acceder a unos beneficios adicionales que tiene el patrono con la AFP y no le fue posible porque la UGPP decidió de manera unilateral efectuar unas afiliaciones sin fundamento y al decidir que era afiliado voluntario, dicha entidad olvidó comunicar a COLPENSIONES que no se requería la afiliación o que esta debía quedar sin efecto. Señala que si está acreditada la excepción de no haber efectuado aportes en la primera relación laboral, sin que tampoco sea de recibo que el hecho que el empleador después de enero de 2016 haya realizado cotizaciones a COLPENSIONES, pues existe una obligación como empleador de efectuar tales aportes, máxime si hubo una negativa del fondo en recibirlas, luego BAYER tenía que efectuar las cotizaciones como lo ordena la Ley. Expone que según lo manifestado por la UGPP en el oficio remitido a COLPENSIONES, la afiliación es transitoria hasta tanto el afiliado decida y en este caso, se le cercena su derecho en tanto solo tuvo conocimiento de su situación cuando se fue a afiliar a la AFP y si bien se encuentra dentro de la prohibición de traslado de que trata la ley 797 de 2003, lo cierto es que esa afiliación no fue por su voluntad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si es nula la afiliación del demandante a COLPENSIONES y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a PROTECCIÓN los aportes efectuados por este en el ente de seguridad social.

Nulidad de la afiliación a COLPENSIONES

Solicita el demandante se declare la nulidad de su a COLPENSIONES por no mediar consentimiento, además de no haber firmado ningún formulario y ser un afiliado voluntario durante la vigencia de la primera relación laboral con BAYER S.A.

Al respecto, se tiene según certificado de afiliación que obra a folio 118, el actor se encuentra como afiliado activo cotizante a COLPENSIONES desde el 14 de abril de 2014.

En igual sentido, a folios 119 y 120 aparece comunicación del 14 de abril de 2014 de la UGPP a COLPENSIONES, en la que solicita la afiliación transitoria de 92 rabajadores, dentro de los que se encuentra el actor, en virtud de los procesos de fiscalización que adelante y según lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 1° del Decreto 169 de 2008, que establece:

“Artículo 1°. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, en concordancia con el artículo 156 del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1151 de 2007, tendrá las siguientes funciones:”

(...)

“B. Efectuar las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para ello, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales recomendará estándares a los procesos de determinación y cobro que le corresponden a las administradoras y demás entidades del Sistema de la Protección Social; le hará seguimiento a dichos procesos y administrará mecanismos de consolidación de información del Sistema de la Protección Social, como de coordinación de acciones que permitan articular sus distintas partes y de las que tienen responsabilidades de vigilancia o de imposición de sanciones; y adelantará acciones de determinación y cobro de manera subsidiaria o cuando se trate de evasores omisos que no estén afiliados a ningún subsistema de la protección social debiendo estarlo.

Para ejercer estas funciones de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social la UGPP podrá adelantar las siguientes acciones:”

(...)

“15. Afiliar transitoriamente a la administradora pública respectiva a los evasores omisos que no hayan atendido la instrucción de afiliarse voluntariamente, hasta que el afiliado elija.”

Conforme a ello, es claro que si bien el actor no consintió su afiliación a COLPENSIONES, lo cierto es que esta se efectuó en marco del cumplimiento de las obligaciones que le asisten a la UGPP, dado el proceso de fiscalización que adelantaba en contra de BAYER, por la omisión en el pago de los aportes de sus trabajadores entre ellos, el demandante, de ahí que no pueda decirse

que la afiliación fue ilegal, pues el actuar de la UGPP estaba amparado en la Ley.

Ahora, mediante Resolución RDO – 2018 – 00785 del 11 de abril de 2018 (fls. 225 a 243), proferida dentro de proceso de fiscalización citado, la UGPP en lo que al accionante se refiere, señaló:

“Comoquiera que por extranjero no obligado a cotizar al subsistema de pensiones se entiende que son aquellas personas que residen en el territorio nacional de manera temporal o indefinidamente, que no cuentan con ciudadanía colombiana, pero permanecen en el país con ocasión al desarrollo de una determinada actividad económica, y realizan el pago de aportes al Sistema General de pensiones en su país de origen y/o con la ocasión de la existencia convenio con ese país; El despacho concluye que según las manifestaciones del escrito de respuesta y las pruebas que la respaldan, los trabajadores enlistados, no son afiliados obligatorios a este subsistema, sin perjuicio de los aportes voluntarios que puedan hacerse al sistema general de pensiones.

Por lo anterior, las correcciones propuestas por omisión en la afiliación y pago de aportes a favor del subsistema de pensiones desaparecen.”

De donde se colige, que en el caso de la omisión en los aportes por parte de BAYER respecto del actor, la UGPP concluyó que era un afiliado voluntario y por ende, ordenó la corrección que las correcciones propuestas por la empresa sobre ello, desaparecieran, sin hacer mención alguna a la afiliación que del actor, había ordenado a COLPENSIONES.

Hechas las anteriores precisiones, es claro que, como se dijo, la afiliación del actor a COLPENSIONES fue legal, dadas las funciones y obligaciones que tiene la UGPP dentro de los procesos de fiscalización y si bien concluyó que el actor era un afiliado voluntario, lo cierto es que no se puede declarar la nulidad de esa afiliación por estar amparada en la Ley.

Ahora, si bien el actor alega que la UGPP no le comunicó de su afiliación a COLPENSIONES y que nada dijo al respecto en la referida Resolución, lo cierto es que al expedirse esta, ya se encontraba en curso este proceso en el cual BAYER hace parte, luego la empresa pudo en su momento, solicitar una adición de dicho acto o interponer recurso de reconsideración alegando tal situación, máxime si el accionante señala que la compañía le ayudó con los requerimientos a COLPENSIONES.

De otro lado y si en gracia de discusión se tuviera que en efecto la afiliación del actor es nula, lo cierto es que no podría ordenarse su traslado a PROTECCIÓN, pues al retrotraerse las cosas a su estado inicial, implicaría que el actor jamás estuvo afiliado al sistema y por ende, sus aportes quedarían en el limbo, sin que pueda obligarse a la AFP a recibirlo en tanto previo a su afiliación a COLPENSIONES, no estuvo en el RAIS como para inferir que debe retornar a este y si bien en los hechos de la demanda aduce que dada su segunda contratación con BAYER convino afiliarse a PROTECCIÓN dado el convenio que tienen entre estas, lo cierto es que no se aportó dicho documento como para inferir que en efecto la voluntad del trabajador era afiliarse a dicho fondo.

Finalmente, debe precisarse que tampoco se probó que la AFP le hubiera rechazado la afiliación y que por ello se dio cuenta de su afiliación a COLPENSIONES, pues en los hechos de la demanda infiere que fue por un reporte del RUAF que se percató de su situación.

Así las cosas, como quiera que la afiliación del demandante a COLPENSIONES es válida, sin que se denote que la misma este viciada de nulidad, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado, por lo aquí expuesto.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

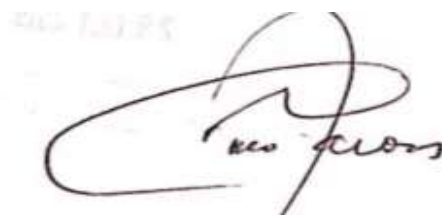
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

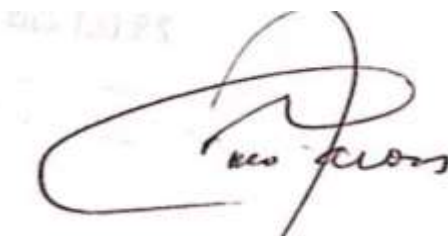
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MYRIAM AZUCENA TORRES
MENDOZA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MYRIAM AZUCENA TORRES MENDOZA**, se **declare** la nulidad de la afiliación al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PROTECCIÓN traslade los aportes realizados a COLPENSIONES y a esta, a recibirlos, además de actualizar la historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que nació el 8 de junio de 1961 y se afilió al RPM el 15 de enero de 1980. Refiere que el funcionario de la AFP que la asesoró para el traslado de régimen, omitió información respecto a la expectativa de pensión, pues lo único que le dijo era que en ese régimen podría pensionarse a la edad que quisiera y

con el monto que deseara y que en caso de fallecimiento, el dinero que en ese momento se encontrara en la cuenta, entraría a la masa sucesoral, por lo que en virtud de esa información firmó formulario de traslado el 7 de febrero de 2001. Sostiene que la AFP no le dijo que su pensión dependía del dinero que tuviera ahorrado en su cuenta de ahorro individual, sin que le efectuara un estudio serio frente a su futuro pensional, induciéndola a un error que afecta su mínimo vital. Finalmente, expone que el 27 de mayo de 2017 solicitó a PROTECCIÓN la nulidad de la afiliación y su traslado a COLPENSIONES y el 8 de agosto de 2017, elevó la misma solicitud a esta, la cual también le fue negada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 55 a 65). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 16 y 17 y no le constan los demás. Inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 94 a 99, 102 y 103). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 14 y 15 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad y de la ineficacia alegada por no haber un vicio en el consentimiento y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de diciembre de 2019 (CD – fl. 116), **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS y con ello la afiliación realizada por la demandante el 7 de febrero de 2001 a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN y que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a PROTECCIÓN autorizar el traslado de la accionante a RPM y enviar a COLPENSIONES todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora junto con sus respectivos intereses y rendimientos, más las cuotas de administración, **ordenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado junto con los respectivos aportes, **ordenó** a PROTECCIÓN a pagar si es el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM las cuales serán asumidas con su propio patrimonio, para lo cual se conmina a COLPENSIONES a efecto que realice las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a PROTECCIÓN señalando como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimo legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte suprema de Justicia en su extensa línea jurisprudencial sobre el tema, ha señalado que los fundamentos normativos y las etapas del deber de información. Refiere que en el presente asunto, si bien ninguna de las partes allegó formulario de afiliación, se tiene claro de interrogatorio del representante legal de la demandada y de los demás documentos aportados, que la afiliación se realizó el 7 de febrero de 2001, con efectividad en a cotizaciones desde marzo de ese mismo año. Sostiene que como lo ha dicho la Corte, los fondos desde su creación tiene el deber de información a sus afiliados a fin de que estos puedan optar por una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional, lo cual tiene que ver con las ventajas y desventajas del traslado, sin que de formulario de afiliación se desprenda que en efecto se brindó la respectiva información, quedando a cargo de los fondos la carga de la prueba en demostrar tal situación. Menciona que al no aportarse el formulario, no puede decirse que existió un consentimiento y por ende, tampoco se tiene certeza de cuál fue la información que se brindó, como tampoco podría suponerse que con la firma del formulario se tuvo por parte de la actora el consentimiento suficiente en torno a su libertad informada para la toma de la decisión. Aduce que no se probó que a la accionante se le haya informado respecto de las ventajas, desventajas y demás aspectos relacionados con la información que la haya podido suministrar. Refiere que no es necesario que el afiliado esté frente a un derecho adquirido o sea beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia del traslado, en tanto se trata de un obligación sin importar que la persona se encuentre en tales

circunstancias. Sostiene que el fondo solo se limitó a indicarle a la actora a que edad se podía pensionar y lo que pasaría con su dinero en caso de fallecimiento, sin que hubiera tratado por lo menos de realizar una proyección de lo que sería la mesada pensional, al punto que no se advierte que haya efectuado un estudio de la situación pensional de la accionante, siendo evidente que no se actuó en la forma establecida por la jurisprudencia, por lo que considera, se debe declarar la ineficacia de la afiliación de la accionante al RAIS.

APELACIÓN

PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, en lo relativo a los gastos de administración, a las sumas que eventualmente tuviere que asumir de su patrimonio a efectos de cubrir las diferencias que pudieren resultar a COLPENSIONES y la condena en costas. En cuanto a los dos primeros puntos, manifiesta que ha actuado conforme a la ley, pues desarrolla un objeto y causa lícita y en desarrollo de eso, ha incrementado el patrimonio de la demandante, quien ahora se retira con un capital incrementado producto del trabajo de PROTECCIÓN, quien no tuvo que ver el momento de efectuarse el traslado pues este se hizo con SANTANDER, pues dada la absorción con ING quien previamente había absorbido SANTANDER, luego cuando la accionante llegó al fondo venía con una situación consolidada en el RAIS el cual había sido escogido voluntariamente por ella, sin que la actora haya elevado algún tipo de inconformidad, de ahí que la postura de la entidad haya sido pasiva, tanto así que para 2012 cuando se dio la absorción era inútil haber prestado algún tipo de asesoría, de manera que devolver los gastos de administración y asumir de su propio patrimonio sumas de dinero que pudiere cobrarle COLPENSIONES sería propiciar un enriquecimiento sin causa por parte de accionante quien de manera voluntaria estuvo afiliada en el RAIS, efectuando cotizaciones y sometida a las reglas establecidas por la Ley, ratificando su permanencia cada día en que lo estuvo, por lo que retirarse con gastos de administración y rendimientos desequilibra la balanza, pues si bien no se pudo demostrar la información dada por parte de SANTANDER la demandante incurrió en una negligencia al no percatarse de lo que lo que dice le afecta, sin que la ignorancia de la Ley le sirva de excusa, siendo lo justo que la señora se retirara con los rendimientos y la administradora se quedara con los gastos

de administración o viceversa, como tampoco tendría que asumir las sumas que le llegare a cobrar COLPENSIONES en tanto la afiliación fue voluntaria. Finalmente, sostiene que por las razones expuestas, no debe ser condenada en costas, como quiera que ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado el tema, llenando una cantidad de vacíos de la ley 100 de 1993, por lo que al ser condenada no por violación de la Ley sino en virtud de los pronunciamientos de la Corte, no debe ser condenada en costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN en febrero de 2001 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; la AFP está obligada a trasladar a COLPENSIONES los dineros que obran en la cuenta de aquella incluidos los gastos de administración y si dado el grado jurisdiccional que le asiste esta última, está obligada a aceptar el traslado y recibir tales montos, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social. Finalmente se analizará si PROTECCIÓN debe pagar si es el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM las cuales serán asumidas con su propio patrimonio.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

Al respecto, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que PROTECCIÓN se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, la AFP debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros, sin que el hecho que haya existido una absorción entre las AFP a exima de ello, por el contrario,

dada la figura comercial que se dio entre ellas, la absorbente debe adquirir las obligaciones que estaba a cargo de la absorbida, siendo en este caso, la devolución de los rubros enunciados.

Ahora en lo que tiene que ver con el pago de las sumas si es el caso, de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, se revocará la sentencia en ese aspecto, en la medida que para eso se ordenó la devolución de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos y gastos de administración con todos sus frutos e intereses; valores estos con los cuales, se cubre a cabalidad el monto de las cotizaciones que hubiera efectuado la accionante en el RPM en caso de no haberse efectuado el traslado, cuya ineficacia fue declarada por el a quo.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente en lo atinente a la condena en costas, debe precisarse que el numeral 1° del artículo 365 del CPG, establece que será condenado en costas la parte vencida en el proceso, sin que para ello deba analizarse las razones por las cuales fue condenada y menos aún, si tuvo injerencia o no en ella, en tanto solo basta que haya sido vencida en juicio, como en el presente asunto, en el que se CONDENÓ a PORVENIR a devolver unos emolumentos, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación de la demandante a dicha AFP.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ EL ORDINAL QUINTO** de la decisión de primera instancia para en su lugar, **ABSOLVER**

a PROTECCIÓN del pago de las sumas si es el caso, de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM

COSTAS

Con costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso interpuesto por PROTECCIÓN.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

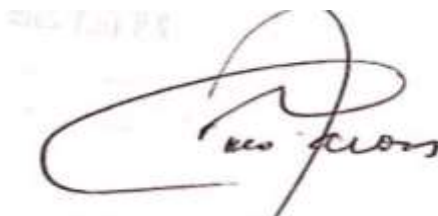
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL EL ORDINAL QUINTO de la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a PROTECCIÓN del pago de las sumas si es el caso, de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS RAFAEL MORALES MARTÍNEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS RAFAEL MORALES MARTÍNEZ**, se **declare** que contaba con 15 años o más de servicios cotizados al 1° de abril de 1994 y por ende puede trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al RPM conservando el régimen de transición. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a liquidar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 a partir del momento en que adquirió el derecho a la pensión y a efectuar el traslado del RAIS al RPM conservando los beneficios del régimen de transición y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que a la fecha cuenta con 62 años de edad y en su oportunidad solicitó su traslado a PORVENIR. Sostiene que el 29 de septiembre de 2014 COLPENSIONES le negó el traslado entre regímenes argumentando que a 1° de abril de 1994

no tenía cotizados 15 años de servicio. Finalmente, expone que en la historia laboral deben quedar inscritas las semanas que realmente cotizó las cuales no aparecen, en tanto aportó con el MINITERIO DE DEFENSA de 1971 a 1973 y en el ISS de 1975 a 1994 para un total de 814 semanas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 24 a 28). En cuanto a los hechos, niega el contenido en el numeral 4 y acepta los demás. Formuló las excepciones de prescripción, petición antes de tiempo en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

De otro lado, en auto del 14 de agosto de 2018 (fl. 41), el a quo ordenó integrar la litis con **PORVENIR**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 51 a 57). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de febrero de 2020 (CD – fl. 83), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que al revisar la prueba que se allegó al proceso, se puede constatar que a pesar de haber estado el demandante afiliado al RPM desde el 8 de julio de 1975 tal como da cuenta la historia laboral allegada por COLPENSIONES, en el año 2000 realizó un traslado al RAIS a través de PORVENIR, los cuales son excluyentes entre sí y al entrar al estudio de las pretensiones en la que se solicita se ordene a COLPENSIONES el traslado de régimen, debe tenerse en cuenta que estos traslados se rigen por la Ley 797 de 2003, a lo que el actor para el año 2014

cuando solicitó el traslado tenía 59 años, lo cual para ese momento ya no era procedente por la edad. Expone que la Corte Constitucional en sentencia C – 1024 de 2004, señaló que las personas que cumplan los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que al cumplimiento de tiempo de servicios se refiere, es decir 15 años y que habiéndose trasladado al RAIS no se hayan regresado al RPM pueden regresar a este en cualquier tiempo y posteriormente en sentencia SU 062 de 2010 concluyó que además de acreditar 15 años a 1° de abril de 1994 el afiliado debe estar a menos de 10 años del cumplimiento de la edad. Refiere que al revisar las pruebas obrantes en el expediente, se observa que el actor no acredita el requisito de los 15 años a la data en comento, pues al revisar el reporte se semanas cotizadas, se observa que a 1° de abril de 1994 solo había cotizado 12 años y 4 meses, de ahí que no pueda recuperar el régimen de transición y si bien manifiesta que no se encuentran registradas las cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES entre los años 1971 a 1973 tiempo en el cual prestó sus servicios en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL que equivale a 137.8 semanas y aun computándolo con los aportes efectuados a COLPENSIONES, no daría lugar a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en tanto ese periodo lo fue como servidor público y por ende, solo serviría para una pensión en los términos de la Ley 71 de 1988 como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y si en gracia de discusión se tuviera en cuenta ese tiempo, tampoco se cumple con el requisito de los 15 años de servicio a 1° de abril de 1994, ya que arrojaría un total de 14 años, 7 meses y 15 días, razón por la cual no resultaría beneficiario de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier tiempo, por lo que considera se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que PORVENIR aseguró que tiene 767 semanas cotizadas por lo que solicita a la entidad que si tiene alguna documental al respecto la aporte. Refiere que de la historia laboral del ISS con la del MINISTERIO DE DEFENSA se corrobora que laboró para varios empleadores y por ende, el tiempo que sirvió al Ministerio, debe ser integrado al reporte de COLPENSIONES para que puedan ser sumadas esas semanas, a fin de ser beneficiario del régimen de transición

y por ende, acceder a la pensión de vejez y por ende, al tener 15 años a 1° de abril de 1994 como lo dispone la Corte Constitucional, se puede trasladar en cualquier tiempo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor cuenta con 15 años de servicio o cotizaciones a 1° de abril de 1994 y por ende se puede trasladar del RAIS al RPM en cualquier tiempo y por ende, es beneficiario del régimen de transición y en caso afirmativo, se analizará si tiene derecho a la pensión de vejez establecida en el Decreto 758 de 1990.

Traslado de régimen

No es tema de controversia que el accionante el 30 de abril de 1999 se trasladó del ISS a PORVENIR donde se encuentra en la actualidad (fl. 69), como tampoco que a la fecha cuenta con 68 años de edad (fl. 14).

En cuanto al traslado de régimen en cualquier tiempo incluso si le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 10038 de 2015, en la cual evocó la línea jurisprudencial que dicha Corporación junto con la Corte Constitucional han decantado al respecto, expresó:

“Ahora, si lo que se quiere es afirmar que la tesis del Tribunal es contraria a la sostenida por la jurisprudencia constitucional, debe precisarse que el criterio unificado y actual de la Corte Constitucional es que «únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición» (SU-130/2013); el cual se acompasa con el de esta Corporación vertido en las sentencias CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y, más recientemente, en la CSJ SL563-2013.”

De donde se colige, que el afiliado que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad puede retornar al de prima media con prestación

definida en cualquier tiempo, siempre que acredite 15 años de servicio al 1° de abril de 1994.

Al constatar si el actor cumple con tal requisito, se observa que prestó sus servicios al MINISTERIO DE DEFENSA (fls. 16, 17 y CD fl. 29), desde el 1° de mayo de 1971 hasta el 15 de abril de 1973, equivalente a **un año, 11 meses y 15 días**, al igual que del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (CD – fl. 29), se denota que aportó del 8 de julio de 1975 al 1° de abril de 1994, 618 semanas **equivalentes a 12 años y 9 días**, para un **total de 13 años, 11 meses y 24 días**, tiempo que no le permite regresar al RPM, en tanto no acredita 15 años a 1° de abril de 1994, como se indicó en precedencia.

Ahora, pese a que el actor en el recurso de alzada manifieste que cotizó 767 semanas a PORVENIR, es de anotar que estas no pueden contabilizarse a efectos de determinar si cumple con el tiempo requerido para trasladarse, pues se trata de cotizaciones efectuadas con posterioridad a 1998 y no antes del 1° de abril de 1994, como lo establece la jurisprudencia.

Finalmente, debe precisarse que si bien el tiempo servido al MINISTERIO DE DEFENSA no aparece reflejado en la historia laboral de COLPENSIONES, ello se debe a que se trata de servicios prestados como servidor público a una entidad como dicho ente, que no efectuaba cotizaciones por cuanto eran sumidas por este, sin embargo, esos periodos serán trasladados en su momento mediante un bono pensional tipo B, a la entidad de seguridad social que lo requiera a efectos de reconocer las prestaciones a que haya lugar a favor del accionante, de ahí que para contabilizar los 15 años, se hayan tenido en cuenta y sumados con las cotizaciones efectuadas al ISS hoy COLPENSIONES.

Así las cosas, como quiera que el actor no acreditó 15 años de servicio o cotizaciones a 1° de abril de 1994 a efectos de trasladarse de régimen en cualquier tiempo, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante dada la improsperidad del recurso interpuesto.

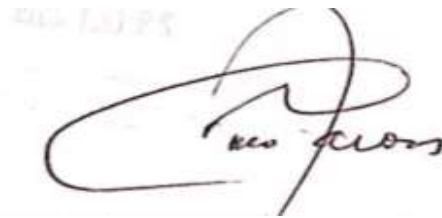
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en esta providencia.

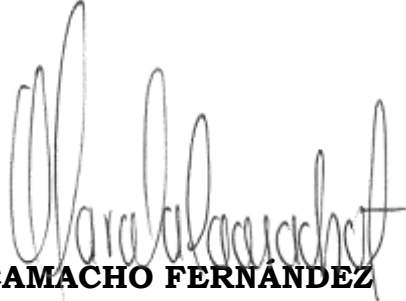
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

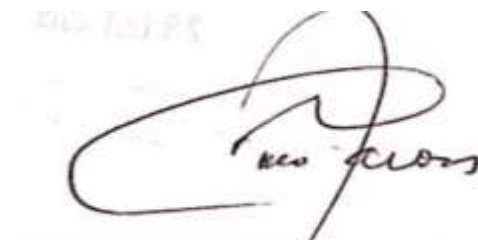
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HECTOR MANUEL SUÁREZ PARRA
contra COOPERATIVA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD
SOCIAL – COOSERVITEC CTA**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HECTOR MANUEL SUÁREZ PARRA**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1° de febrero de 2000 desempeñando el cargo de vigilante. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de las primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado, aportes a la seguridad social sobre el salario realmente devengado, sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria (fls. 92 a 94).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 91 y 92), señaló que suscribió contrato de trabajo asociado con la demandada el 1° de febrero de 2000, desempeñando el cargo de vigilante al servicio directo de la cooperativa, con un horario de 12 horas diarias y un salario al finalizar la relación de \$1.980.000. Refiere que decidió terminar el contrato el 5 de enero

de 2016, por sentirse inconforme ante los incumplimientos de la CTA. Finalmente, expone que la accionada no le canceló las primas de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a la seguridad social con base en el salario real devengado durante la vigencia de la relación laboral, por lo que el 14 de noviembre de 2017 radicó derecho de petición solicitando la liquidación de las prestaciones sociales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COOSERVITEC CTA contestó la demanda (fls. 266 a 274), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 7 parcial, 9 y 13 y niega los demás. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de agosto de 2019 (CD – fl. 291), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de los documentos aportados, se extrae que el actor estuvo vinculado con la accionada mediante contrato de asociación desde el 1° de febrero de 2000 hasta el 5 de enero de 2016 desempeñando funciones de vigilante y si bien desde la contestación la CTA acepta que le daba instrucciones, lo cierto es que es que estas fueron acorde a lo regido por los reglamentos de la Cooperativa, sin que haya lugar a la aplicación de la primacía de la realidad, pues no se determinó el tipo de ordenes que recibía, en tanto las instrucciones y charlas técnicas no implican subordinación. Señala que el objeto social de la Cooperativa conforme a su certificado de cámara de comercio, consiste en generar y mantener el trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno en el campo de servicios de vigilancia y seguridad privada de forma remunerada a la comunidad

mediante la organización de trabajo asociado y aprovechando los conocimientos, aptitudes y habilidades de los asociados. Menciona que también se allegaron los estatutos de la cooperativa y sus reformas, en donde se establece como deberes de los asociados realizar personalmente la labor asignada acatando las instrucciones de las autoridades de la cooperativa según el orden jerárquico establecido para el buen funcionamiento de la misma, portar uniforme, cumplir horario, entre otros; estatutos autorizados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante resoluciones en donde le renuevan licencia de funcionamiento a la cooperativa. Aduce que del análisis de las pruebas no hay ninguna de la cual se pueda deducir la existencia de un contrato de trabajo, por el contrario, se demostró que tuvo la calidad de trabajador asociado, entendiéndose que la relación con la CTA estuvo regida por la Ley 79 de 1988, pues no se demostró que haya prestado servicios de forma subordinada y de acuerdo al artículo 59 de dicha ley, las cooperativas son las aportantes de capital y al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa y su régimen de trabajo previsión y seguridad social y compensación será establecido según estatutos y reglamentos en relación a que se originan en el acuerdo cooperativo y por consiguiente no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a trabajadores independientes, como así se dio en la sentencia C - 211 de 2000 de la Corte constitucional al resolver la inconstitucional que se presentó contra dicho artículo. Concluyendo que al no existir contrato de trabajo no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre las partes existió un contrato de trabajo

desde el 1° de febrero de 2000 hasta el 5 de enero de 2016 y si como consecuencia de ello, deviene el pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales, indemnizaciones y sanciones a que haya lugar, como también se analizará cual era el salario realmente devengado por el accionante.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Así mismo, en tratándose de cooperativas de trabajo asociado, el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, señala:

“En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o. de la presente Ley, se

hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo no asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.

En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados.”

Conforme a ello, se tiene que no existe controversia respecto a que el actor trabajo como asociado vigilante de la cooperativa, desde el 1° de febrero de 2000 hasta el 5 de enero de 2016, pues así se desprende de las certificaciones de folios 11, 13, 15, 16 y 18, además del contrato de trabajo asociado (fl. 178), solicitud de admisión como socio de la CTA (fl. 179) y la resolución 2013400090657 del 20 de diciembre de 2013 (fls. 141 a 143), mediante la cual la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada autoriza la inclusión de asociados a la cooperativa, dentro de los que se encuentra el aquí accionante.

De donde se colige, que al estar acreditada la prestación personal del servicio del actor para con la cooperativa, se presume que dicha relación estuvo regida mediante un contrato de trabajo, quedando a cargo de la demandada, demostrar la misma se basó en este caso, bajo los parámetros de la Ley 79 de 1988.

Revisada la documental allegada, observa la Sala que la demandada no logró desvirtuar tal presunción, por el contrario, lo que se denota es la existencia de un verdadero contrato de trabajo, en la medida que no se evidencia que la labor hubiera sido realizada con los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de un trabajador asociado a una cooperativa de trabajo.

Aunado a ello, el hecho que en los estatutos de la cooperativa y sus reformas (Fl 113 a 171), se establezca como deberes de los asociados realizar personalmente la labor asignada, acatando las instrucciones de las autoridades de la cooperativa según el orden jerárquico establecido para el buen funcionamiento de la misma, portar uniforme y cumplir horario,

desdibuja el objeto de las cooperativa y contraría la finalidad de esta, toda vez que tales deberes son propios de una relación subordinada, en tanto si el trabajador asociado es dueño y gestor de la CTA, mal podría imponérsele el acatamiento de instrucciones de las autoridades de las cooperativa y menos aún, imponerle el cumplimiento de un horario, cuando dada su condición de asociado, no está obligado a ello, atentando contra el autogobierno, autocontrol y autogestión que caracteriza a este tipo de trabajadores, como se indicó en precedencia.

De otro lado, debe preciarse que la aceptación del trabajador a la cooperativa y su inclusión a la misma por parte de la Superintendencia, no implica per se, que la labor de haya desarrollado como trabajador asociado, en la medida que se hace necesario estudiar las particularidades de cada caso como el presente, donde claramente, pese a la celebración del contrato de trabajo asociado, se evidenció que en realidad lo que existió entre las partes fue un contrato de trabajo.

Bajo ese entendido, no cabe duda para la Sala, que en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades, se demostró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de febrero de 2000 al 5 de enero de 2016, en el que el actor fungió como vigilante de la CTA, ésta, que no logró probar la función autogestionaria del actor, pues la documental aportada resulta insuficiente para ello, en tanto con la misma, solo se denota la forma en que fue vinculado y no como desarrolló la labor, sumado al hecho que tampoco probó que el actor hubiera participado como asociado en la toma de decisiones de la cooperativa y tampoco que participara en los excedentes que se generan en desarrollo de la actividad.

Salario

Señala el actor que su salario, ascendió a al suma de \$1.589.000.

Verificada la documental allegada, se denota que el accionante recibía como contraprestación, una compensación ordinaria y prestaciones sociales de carácter cooperativo que comprendía, auxilios de movilización y alimentación y una prima de riesgo.

De suerte que, para todos los efectos, la Sala tendrá como salario lo percibido como compensación básica, habida cuenta que en la demanda, no se solicitó la inclusión como factor salarial los auxilios y prima en comento, tan así, que ni siquiera se hace alusión a que percibía tales emolumentos, de ahí que tal aspecto no haya sido puesto de presente en la fijación del litigio ni discutido en el proceso, luego no puede este Tribunal, analizar circunstancias que no fueron puestas de presente en la demanda.

Bajo ese entendido, para los años 2000 a 2011 y 2016, se tendrá como salario el mínimo legal mensual vigente en la medida que el actor no demostró a cuanto ascendía el mismo para esas anualidades; en cuanto al 2012 será de \$587.000 (fl. 11), 2013 \$609.000 (fl. 13), 2014 \$640.000 (fl. 15) y 2015 \$670.000 (fls. 46 a 52).

Prescripción

Precio a determinar la procedencia de las prestaciones y acreencias laborales solicitadas en la demanda, se hace necesario analizar la excepción de prescripción.

Al respecto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes culminó el 5 de enero de 2016, el 14 de noviembre de 2017 el actor solicitó a la demandada el pago de primas, cesantías y vacaciones (fl. 5) y el 9 de marzo de 2018 (fl. 102), se presentó la demanda, de ahí que se encuentren prescritas las primas de servicio, intereses a las cesantías y sanción por consignación de las cesantías dado el caso, causadas con anterioridad al **14 de noviembre de 2014**.

No sucede lo mismo con las cesantías, habida cuenta que como lo establece la jurisprudencia, estas se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, de ahí que en el presente asunto no se vena afectadas por dicha excepción, en la medida que entre la fecha de terminación del contrato la de la reclamación e incluso presentación de la demanda, no transcurrieron más de 3 años.

Ahora, en lo que se refiere a las vacaciones, el inciso primero del artículo 187 del CST, establece: *“La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.”* Luego es claro, que las vacaciones son exigibles un año después de su causación.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2149 de 2020 y 46704 del del 26 de octubre de 2016 en lo que a la forma de contabilizar el término prescriptivo de las vacaciones se refiere, en esta última, indicó:

“... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.”

En ese orden de ideas, es claro que para revisar la prescripción de las vacaciones se deben contabilizar 4 años, pues son 3 años de prescripción y un año que tiene el empleador para concederlas, por tanto, resulta evidente que las vacaciones causadas del 1° de febrero de 2011 al 1° de febrero de 2012 y las demás hacia atrás, se encuentran prescritas, pues esta última se causó en febrero de 2012 y la accionada tenía hasta febrero de 2013 para concederlas, empezando a contar el término prescriptivo desde esta última data, de ahí que a la fecha de la reclamación (17 de noviembre de 2017), hayan transcurrido más de 3 años.

Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones

Como quiera que no se demostró por parte de la accionada el pago de las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, se ordenará su pago, atendido la excepción de prescripción analizada en precedencia.

En cuanto a las vacaciones, de la documental de folios 12, 14, 17 y 262, se denota que el actor disfrutó y se le pagó, las causadas entre 2011 – 2012, 2012 – 2013, 2013 – 2014 y 2014 – 2015, de ahí que solo se profiera

condena, respecto de las causadas entre el 1° de febrero de 2015 y el 5 de enero de 2016, fecha de terminación del vínculo laboral.

Hechas las anteriores precisiones, se obtienen los siguientes valores:

Cesantías:

2000: $\$260.100 \times 330 / 360 = \$238.425$

2001: \$286.000

2002: \$309.000

2003: \$332.000

2004: \$358.000

2005: \$381.500

2006: \$408.000

2007: \$433.700

2008: \$461.500

2009: \$496.900

2010: \$515.000

2011: \$535.600

2012: \$587.000

2013: \$609.000

2014: \$640.000

2015: \$670.000

2016: $\$689.455 \times 5 / 360 = \$9.576$

Total: \$7.271.201

Intereses a las cesantías: (se pagan el 31 de enero de cada año):

2013: \$73.080

2014: \$76.800

2015: \$80.400

2016: $\$9.576 \times 5 \times 0.12 / 360 = \$16$

Total: \$230.296

Prima de servicios:

2014 segundo semestre: \$320.000

2015: \$670.000

2016: \$9.576

Total: \$999.576

Vacaciones:

2015 – 2016: $\$689.455 \times 335 / 720 = \$320.788$

Aportes a la seguridad social

Solicita el actor el pago de los aportes a la seguridad social con el salario realmente devengado.

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que el actor no probó sobre que salario la demandada le efectuó los aportes a seguridad social, a fin de establecer, si el IBC reportado por esta, es inferior a los salarios percibidos por el actor durante la vigencia de la relación laboral los cuales, quedaron establecidos en precedencia, de ahí que sobre este aspecto, la carga de la prueba estaba a su cargo, pues era a él a quien le correspondía demostrar tal aspecto.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

Sobre el tema, debe señalarse que estas sanciones son inexorables y automáticas salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Descendiendo al caso objeto de estudio, es claro que la demandada no probó que hubiere actuado de buena fe, por el contrario, su proceder fue de mala fe, toda vez que la aceptación de la vinculación del trabajador a la cooperativa por un acto de mera liberalidad, no constituye una razón plausible para justificar el incumplimiento de las obligaciones laborales, máxime si se demostró la existencia de un contrato de trabajo, pues la celebración de contratos con las CTA no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, como la del actor quien laboró para la accionada aproximadamente 16 años, sin que la accionada lograra demostrar que el

vínculo existente entre ellos estuviera regido bajo los parámetros de la Ley 79 de 1988.

Con todo ello, no cabe duda que hay lugar a condenar a la accionada al pago tanto de la indemnización moratoria como de la sanción por no consignación de las cesantías.

En cuanto a la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que el actor para la terminación del contrato de trabajo devengaba el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para 2016, esta lo será en razón de **\$22.981 diarios (\$689.455 / 30), a partir del 6 de enero de 2016** y hasta que se efectúe el pago de las cesantías, intereses sobre las mismas y primas de servicio objeto de condena.

Sobre la sanción por no consignación de las cesantías, es claro que se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 14 de noviembre de 2014, es decir, que en tratándose de las cesantías del año 2013 que se debían consignar a más tardar el 14 de febrero de 2014 se encuentran prescritas y así, las anteriores, salvo la relativa a las cesantías de 2014 que debían consignarse a más tardar el 14 de febrero de 2015, pues sobre esta se proferirá condena. En lo relativo a las cesantías de 2015 y 2016, al culminar el contrato de trabajo el 5 de enero de 2016, estas debieron cancelarse a dicha data, de ahí que en ese evento no surgiera la obligación de la demandada en consignarlas.

Sanción que asciende a la suma de **\$6.826.560**, que equivalen a 320 días de mora (15 de febrero de 2015 a 5 de enero de 2016), en razón de \$21.333 diarios (\$640.000 cesantía 2014 / 30).

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado para en su lugar, declarar la existencia del contrato de trabajo y condenar a la accionada al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales expuestas en precedencia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de consulta y en su lugar, **DECLARAR** que entre el señor HECTOR MANUEL SUÁREZ PARRA y la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD SOCIAL – COOSERVITEC CTA, existió un contrato de trabajo entre el 1° de febrero de 2000 y el 5 de enero de 2016, en el que el actor desempeñó el cargo de vigilante, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **COOSERVITEC CTA**, a pagar al demandante, las siguientes sumas y conceptos:

- a) \$7.271.201 de cesantías
- b) \$230.296 de intereses a las cesantías
- c) \$999.576 de prima de servicios
- d) \$320.788 de vacaciones
- e) \$22.981 diarios a partir del 6 de enero de 2016 y hasta que se efectúe el pago de las cesantías, intereses sobre las mismas y primas de servicio objeto de condena, por concepto de indemnización moratoria.
- f) \$6.826.560 de sanción por no consignación de las cesantías del año 2014 a un fondo.

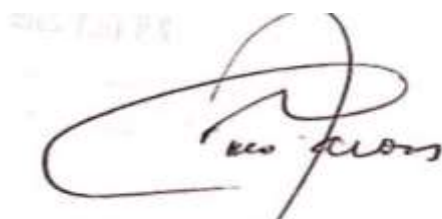
TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los intereses a las cesantías, prima de servicios y sanción por no

consignación de las cesantías a un fondo, causadas con anterioridad al 14 de noviembre de 2014.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de COOSERVITEC CTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Aclaro voto)



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

(Salva voto)

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MISAEL ALBERTO MARTÍNEZ
BARRETO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MISAEL ALBERTO MARTÍNEZ BARRETO**, se **declare** que tiene derecho a que el IBL de su pensión como beneficiario del régimen de transición, debe ser calculado teniendo en cuenta los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y que el HOSPITAL MILITAR CENTRAL debió efectuar los aportes a pensión incluyendo los factores denominados dominicales, festivos y recargos nocturnos. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez en cuantía de \$1.202.037,69 a partir del 1° de enero de 2014, al HOSPITAL MILITAR CENTRAL al pago de la diferencia en los aportes a COLPENSIONES, teniendo en cuenta lo devengado por concepto de dominicales, festivos y recargos nocturnos, a COLPENSIONES a reconocer las diferencias de las mesadas generadas desde el 1° de enero de 2014, más la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte

probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 79 y 80).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 76 a 78), señaló que 13 de diciembre de 1957, cotizó al ISS entre el 12 de diciembre de 1978 y el 8 de noviembre de 1979 y posteriormente prestó sus servicios al HOSPITAL MILITAR CENTRAL del 11 de noviembre de 1979 al 31 de diciembre de 2013, quien durante los últimos 10 años de servicio le reconoció y pagó los valores correspondientes a dominicales, festivos y recargos nocturnos, aduciendo que sobre esos factores el Hospital no efectuó los descuentos por concepto de aportes a pensión. Refiere que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 2122114 del 24 de agosto de 2013 le reconoció la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 33 de 1985 en cuantía de \$848.435, la cual fue reliquidada con la Resolución GNR 212114 de 2013 en cuantía de \$864.895 a partir del 1° de enero de 2014 y con la Resolución GNR 38550 del 2 de febrero de 2017 en la suma de \$877.073. finalmente, sostiene que el 24 de noviembre de 2017 solicitó al HOSPITAL MILITAR CENTRAL certificara los valores pagados por concepto de dominicales, festivos y recargos nocturnos a partir del 1° de abril de 1994 y si sobre estos, se efectuaron las cotizaciones, a lo que dicho ente expidió la certificación y señaló que no le era permitido incluir factores no incluidos en el Decreto 2701 de 1988.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL HOSPITAL MILITAR CENTRAL contestó la demanda (fls. 103 a 108), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 4 a 6, 8 a 11, 13 a 16, 18 y 19 y acepta los demás. Propuso las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, prescripción y falta de agotamiento de la vía gubernativa.

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 130 a 137). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 10, 11, 13, 15 y 16 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro prejudicial y cálculo actuarial presuntivo, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de diciembre de 2019 (CD – fl. 164), **declaró** que el actor tiene derecho a que se le incluya como IBC los factores salariales devengados contenidos en el Decreto 1158 de 1994, **condenó** al HOSPITAL MILITAR CENTRAL efectúe el trámite ante COLPENSIONES para cancelar el cálculo actuarial sobre la diferencia de los valores devengados por el demandante por concepto de trabajo dominical y festivo y trabajo suplementario y de horas extras o realizado en jornada nocturna, a partir del 29 de marzo de 1994, fecha en que entró a regir el decreto 691 de 1994 y en consecuencia, nació la obligación para la entidad de cotizar respecto de tales factores salariales, **condenó** a COLPENSIONES a reajustar la pensión de jubilación al actor desde el 1° de enero de 2014, teniendo en cuenta los valores referidos con anterioridad, una vez de haya efectuado el pago del cálculo actuarial por parte del HOSPITAL MILITAR, junto con el pago del retroactivo en forma indexada, **absolvió** a COLPENSIONES respecto de los intereses moratorios, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas al HOSPITAL MILITAR, incluyendo la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Fundamentó su decisión, indicando que el Decreto 2701 de 1988 determinó el régimen de prestaciones sociales y asistenciales aplicable a los trabajadores del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y entidades adscritas a este como en el caso del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, no obstante, luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 el Decreto 691 de 1994 reglamentó la incorporación de los servidores públicos al sistema general de pensiones, dentro de los que se encuentran los indicados en el Decreto en comento, al igual que este último decreto fue modificado por el 1158 de 1994, en el sentido de señalar los factores a tener en cuenta en el salario base de cotización de los servidores públicos incorporados al sistema. De otro lado, expone que el Decreto 2 de 1998, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 006 de la junta directiva del Hospital demandado, señaló en su artículo 24 lo relativo al régimen prestacional indicando que sus empleados estarán sometidos al régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993

y sus normas reglamentarias, de ahí que haya lugar a remitirse al decreto 1158 de 1994, en la medida que el artículo 36 de dicha Ley, no establece los factores salariales a tener en cuenta en tratándose de los beneficiarios del régimen de transición. Señala que si bien el Hospital aduce haber efectuado las cotizaciones como lo refiere el Decreto 2701 de 1988 ese argumento no es de recibo en la medida que a partir de la expedición del Decreto 691 de 1994 se incorporó a los servidores públicos al sistema general de pensiones y así se corroboró con el Decreto 2 de 1998, en donde se dijo que los servidores de esa entidad, quedaban sujetos a dicho sistema dejando de lado las demás prestaciones. Menciona que de la documental visible a folios 59 a 63 y en el expediente administrativo de COLPENSIONES se encuentra que en la mayoría de los meses entre el año 1997 y diciembre de 2013, se liquidaron valores adicionales al salario básico del demandante, esto por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, al igual que de las liquidaciones efectuadas por COLPENSIONES para liquidar y reliquidar la prestación, se tuvieron en cuenta las cotizaciones efectuadas por el Hospital sobre la asignación básica mensual, de ahí que tenga derecho a que se reliquide la pensión teniendo en cuenta los valores que se echan de menos en la historia laboral, tales como el trabajo suplementario, pues a efectos de liquidar la pensión se debe tener presente la normatividad vigente al momento del reconocimiento que en este caso sería el decreto 1158 de 1994 y por ende se debe ordenar la elaboración del cálculo actuarial previa solicitud del Hospital a COLPENSIONES para lo cual deberá allegar a esta la documental que en estos casos requiera la administradora de pensiones para realizar el pago de los aportes que se encuentran pendientes por concepto de trabajo dominical o festivo, horas extras o trabajo nocturno que fueran devengados por el accionante a partir del 29 de marzo de 1994, fecha en que entró a regir el Decreto 691 de 1994 y en consecuencia nació para el HOSPITAL la obligación de cotizar sobre esos factores. En cuanto a COLPENSIONES, está deberá reliquidar la pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 2014, cancelando para el efecto la diferencia de la mesada pensional de forma retroactiva, indexando las sumas adeudadas al momento del pago tomando como IBL el promedio de los últimos 10 años respecto de lo cual no existe controversia. Finalmente en lo que se refiere a los intereses moratorios, expone que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los mismos no son procedentes cuando las administradoras a

efecto de negar las prestaciones a su cargo encuentren justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, sumado a que dicha corporación ha indicado que estos no proceden en tratándose de reliquidaciones o reajustes de la pensión, de ahí que considere que no hay lugar al pago de tales intereses.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la declaración del nominador como el único responsable del pago, en cuanto a que la omisión se de este generaría que pague la totalidad de los aportes y no existe proporción que deba pagar el actor.

El HOSPITAL MILITAR apeló la decisión, manifestando que la entidad efectuó los aportes conforme a lo contemplado en la Ley esto es, el Decreto 2701 de 1988 en el cual nos e indican cuales con los factores para realizar las cotizaciones y por tanto, no hay omisión de su parte. Finalmente, expone que la parte actora no solicitó que se realizara un cálculo actuarial frente a los aportes que omitió el Hospital, lo cual no fue discutido en el proceso y afecta los intereses de la entidad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el HOSPITAL MILITAR estaba obligado a la entrada en vigencia del Decreto 691 de 1994 y de la Ley 100 de 1993, a efectuar los aportes a pensión del demandante incluyendo como factores para determinar el IBC los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, concretamente el trabajo suplementario y si como consecuencia de ello, debe pagar las diferencias a COLPENSIONES mediante cálculo actuarial y si esta, debe reliquidar la pensión del accionante incluyendo los mismos.

Frente a la apelación del demandante, debe precisarse que en la sentencia de primer grado nada se dijo en cuento a que el actor tuviera que concurrir en el pago de los aportes objeto de corrección, tanto así que ello no fue

materia de fijación del litigio, al punto que tampoco hubo condena sobre ello, de ahí que la Sala se abstenga de pronunciarse al respecto.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante lo cual fue aceptado por las accionadas en la contestación de la demanda y que se corrobora con la copia de las Resoluciones GNR 38550 del 2 de febrero de 2017 (fls. 27 a 35), GNR 212114 del 24 de agosto de 2013 (fls. 44 a 46) y GNR 213467 del 11 de junio de 2014 (fls. 48 a 50), mediante las cuales COLPENSIONES le reconoce al señor MISAEAL ALBERTO MARTÍNEZ BARRETO la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$877.073 a partir del 1° de enero de 2014, por los servicios prestados por este al HOSPITAL MILITAR en calidad de trabajador oficial.

Factores salariales

Expone el demandante que la accionada HOSPITAL MILITAR en su condición de empleador, no cotizó a pensiones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, concretamente, dominicales, festivos y recargos nocturnos, a lo que dicha entidad señala que lo hizo con base en lo dispuesto en el Decreto 2701 de 1988.

Al respecto, se tiene que el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, señala:

“ARTÍCULO 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.*

- a) La asignación básica mensual.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) Los auxilios de alimentación y transporte.*
- d) La prima de navidad.*
- e) La bonificación por servicios prestados.*

f) La prima de servicios.

g) Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.

h) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.

i) La prima de vacaciones.

j) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988.”

Conforme a ello y revisada la liquidación de la pensión efectuada por COLPENSIONES junto con el reporte de semanas cotizadas (CD – fl. 143), observa la Sala que estas se efectuaron con base en el IBC reportado por el HOSPITAL MILITAR, el cual comprende los factores señalados en la norma en cita.

Ahora, de la documental que obra a folios 123 a 127, se denota que el actor durante su vinculación al HOSPITAL MILITAR, concretamente de agosto de 1996 a diciembre de 2013, devengó recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Hechas las anteriores precisiones y en tratándose de la incorporación de los servidores públicos al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, los artículos 1° y 2° del Decreto 691 de 1994, indican:

“ARTICULO. 1°—Incorporación de servidores públicos. *Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:*

a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

PARÁGRAFO. *—La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.*

ARTICULO. 2°—Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. *El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1° de este decreto, el 1° de abril de 1994.*

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales.”

En igual sentido, el artículo 24 del Decreto 2 de 1998 por el cual se aprueba el acuerdo 006 de la junta directiva del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, dispone:

“ARTÍCULO 24. Régimen Prestacional. *Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen.”*

De donde se colige, que los servidores públicos al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, en lo que tiene que ver con el régimen pensional, están sometidos al imperio de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo regulen, por haber sido incorporados al sistema general de pensiones a la entrada en vigencia de dicha norma, como lo prevé el Decreto 691 de 1994, en concordancia en el Decreto 2 de 1998, antes citados.

Bajo ese entendido, es claro que la accionada HOSPITAL MILITAR CENTRAL, estaba obligada a efectuar los aportes a pensión del demandante, tomando como IBC los factores salariales contenidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, a saber:

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

"Base de cotización".

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

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

De suerte que en el presente asunto, el Hospital accionado debió incluir en el IBC lo devengado por el accionante por concepto de recargo nocturno, dominicales y festivos, como aparece en la documental de folios 123 a 127, pues si bien antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaba obligada a hacerlo en tanto estaba regida por las disposiciones del Decreto 2701 de 1988, lo cierto es que desde el 1° de abril de 1994 dada su incorporación al sistema, tal obligación quedo sujeta a las disposiciones de la citada Ley.

Siendo ello así, resulta evidente que la accionada debe cancelar la totalidad de la diferencia los aportes a pensión que sufragó a favor del demandante, teniendo en cuenta lo devengado por este por concepto de dominicales, festivos y recargos nocturnos, los cuales deberá pagar no a través del cálculo actuarial como lo señala la accionada en la alzada, pues este aplica únicamente en caso de omisión en la afiliación, lo que no aplica para este caso, en la medida que aquí se trata de la corrección del IBC, sino a través de la corrección de las planillas previa liquidación que para el efecto elabore COLPENSIONES.

Corrección que dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste al HOSPITAL MILITAR, se efectuará únicamente por el lapso de agosto de 1996 a diciembre de 2013 y por los meses que en ese periodo, según la certificación de folios 123 de 127, el demandante devengó recargos nocturnos, dominicales y festivos, para lo cual, dicha entidad deberá allegar a COLPENSIONES la

referida certificación a efectos que esta elabore la liquidación que se indicó en precedencia.

Reliquidación de la pensión

Conforme a lo expuesto en precedencia, es claro que COLPENSIONES deberá, una vez el HOSPITAL MILITAR efectué la corrección del IBC por el periodo en comento, reliquidar la pensión de vejez que otorgada al demandante, para lo cual deberá cancelar de forma indexada, únicamente las diferencias que se generen entre la pensión inicialmente reconocida y la que resulte de la reliquidación, a partir del 1° de enero de 2014 (fecha de reconocimiento).

Sin que haya lugar a estudiar la excepción de prescripción respecto de las mesadas objeto de reliquidación, como quiera el ente de seguridad social no propuso dicho medio exceptivo.

Finalmente, en lo atinente a la prescripción sobre la inclusión de factores en el IBC, propuesta por el Hospital, encuentra la Sala que la misma no está llamada prosperar, toda vez que la acción encaminada a obtener el reajuste de la pensión por la inclusión de factores salariales es imprescriptible, como así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en múltiple jurisprudencia, entre otras, en la más reciente SL 4065 de 2021.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la decisión de primer grado, en la forma antes indicada.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso impetrado por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

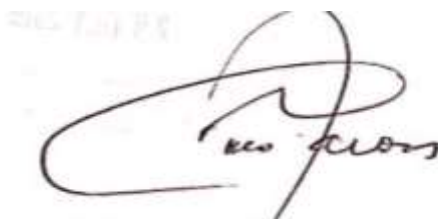
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** al HOSPITAL MILITAR CENTRAL efectúe las corrección del IBC de los aportes a pensión efectuados a favor del demandante incluyendo los devengado por este por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, durante el lapso comprendido entre agosto de 1996 y diciembre de 2013 y por los meses que en ese periodo, según la certificación de folios 123 de 127, percibió tales emolumentos, previa liquidación que para el efecto, elabore COLPENSIONES para lo cual el Hospital accionado deberá allegar a COLPENSIONES la referida documental; según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alza y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE STELLA CONDE BETANCOURTH
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **STELLA CONDE BETANCOURTH**, se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada el 1° de septiembre de 1994 a COLPATRIA hoy PORVENIR, el 1° de diciembre de 1996 a PORVENIR, el 6 de noviembre de 2001 a COLFONDOS, el 1° de septiembre de 2005 a ING hoy PROTECCIÓN y el 1° de junio de 2006 a COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a recibirla y afiliarla al RPM como si nunca se hubiera trasladado, se **condene** a las demandadas a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada por la no autorización del traslado del RAIS al RPM, sobre la devolución de los aportes efectuados por las AFP, junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 a 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 6 a 8), señaló que se afilió al ISS el 1° de diciembre de 1979 efectuando aportes a esta de forma interrumpida hasta el 31 de agosto de 1994. Refiere que el 1° de septiembre de 1994 los asesores comerciales de COLPATRIA hoy PORVENIR la indujeron con engaños a trasladarse al RAIS, pues le dijeron que podía llegar a obtener una mesada pensional superior a la que le correspondería en el ISS en un tiempo menor, además de la devolución de su dinero si quería pensionarse antes, sin que le explicaran que el hecho de trasladarse le generaría la pérdida de los beneficios que le ofrece el RPM. Sostiene que similar situación se dio con los asesores de ING hoy PROTECCIÓN y de COLFONDOS, pues firmó los formularios de afiliación sin ninguna información y solo por decisión de su empleador de aquel entonces. Indica que comparadas las dos simulaciones pensionales en ambos regímenes, se evidencia como su mesada pensional es superior en el RPM, al igual que a la fecha continúa cotizando, superando el número de semanas para acceder a la pensión de vejez en el RPM. Finalmente, aduce que elevó reclamación ante COLPENSIONES el 11 de agosto de 2017, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 88 a 95). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 20 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, inexistencia de intereses moratorios e indexación y prescripción.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 128 a 135). Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

COLFONDOS contestó el libelo (fls. 210 a 217), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, no le constan y los niega en

su totalidad. Presentó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 226 a 232). Respecto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. 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 inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de enero de 2020 (CD – fl. 312), **declaró** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR el 17 de agosto de 1994 y consecuentemente las posteriores afiliaciones, **ordenó** a COLFONDOS traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, los cuales deben incluir los rendimientos que se hubieren generado, hasta que se haga efectivo dicho traslado, **ordenó** a COLPENSIONES a recibirla como afiliada en el RPM, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a las accionadas fijando como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de ellas.

Fundamentó su decisión, indicando que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de la información libre y transparente que permitiera al afiliado elegir entre aquella a la que mejor se adoptara a sus intereses, la cual hace referencia a las características de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas, desventajas así como las consecuencias jurídicas del traslado, como así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. Refiere que en el presente caso, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición sin que tal aspecto le impida a la AFP suministrar la debida información, pues la falta de asesoría se predica del acto jurídico del traslado; luego si el

trabajador alega que no recibió la suficiente información, al tratarse de un hecho negativo en los términos del artículo 167 del CGP, queda a cargo de la AFP la carga de la prueba en demostrar que suministró la información correcta, pues está en la posición privilegiada de demostrarlo. Sostiene que las pruebas aportadas y recaudadas, no existe la suficiente ilustración de la cual se derive la información que al momento del traslado de régimen, la AFP le brindó a la demandante, tales como ventajas, desventajas y demás relacionadas con ello, faltando a sus obligaciones, sin que del formulario de afiliación se desprenda la asesoría brindada, por el contrario, se probó que desconocía todo lo relacionado con el cambio de régimen, pues el hecho de firmarlo de manera libre y voluntaria no da por cierto que en efecto el fondo haya cumplido con la carga de la prueba que tenía a su cargo, como tampoco el hecho de efectuar cotizaciones y trasladarse entre administradoras, pues lo que importa en este tipo de procesos es acreditar la información que se suministró al momento de la afiliación inicial, generándose la ineficacia del traslado como quiera que la insuficiencia en la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del trabajador afiliado, a cual trae como consecuencia la ineficacia de los traslados efectuados dentro del RAIS a las diferentes administradoras.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien el deber de información siempre ha existido a cargo de los fondos de pensiones, este ha venido evolucionando, por lo cual no se puede dar aplicación a leyes posteriores, pues la jurisprudencia que regula el tema es diferente a la que Ley que regía en 1994, esto es, la Ley 100 de 1993, luego al trasladarse la demandante, lo hizo de manera libre y voluntaria, en cumplimiento a la normatividad vigente para ese entonces. Indica que el deber de información de las AFP no exonera a los afialos a documentarse sobre el tema, en tanto los contratos se ejecutan de buena fe, sin que en el presente asunto se probara la existencia de un vicio en el consentimiento de ahí que no se pueda hablar de mala fe de las AFP. Sostiene que para el momento del traslado, no existía obligación a cargo de las administradoras habida cuenta que esta nació con la expedición de la Ley 1748 de 2014 la cual no tiene carácter retroactivo, por lo que solicitarle al fondo la existencia de una prueba

documental de la información suministrada, sería imponerle una obligación que para ese entonces era inexistente. Menciona que la demandante tuvo opciones para tomar la mejor decisión, tan así que optó por trasladarse en 1994 al considerar que era la mejor opción para su futuro pensional. Aduce que en este caso se presenta una descapitalización del sistema en la medida que la accionante no aportó al fondo común. Finalmente, solicita se absuelva de la condena en costas como quiera que al ser administradora del sistema de seguridad social, no pueden ser destinados los recursos que esta administra para otro fin distinto al cumplimiento de estos, no siendo las costas un objetivo de la seguridad social.

PORVENIR apeló la decisión, señalando que la decisión de la actora se hizo de manera consiente y espontánea y con el cumplimiento de todos los requisitos vigentes para la época, pues antes de tomar una decisión, la demandante recibió información respecto de las implicaciones que conllevaba su traslado y las características generales del régimen, además de suscribir el formulario de afiliación el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la Superintendencia Bancaria, además de manifestar que lo firmaba de manera voluntaria y libre, siendo claro que el acto del traslado es completamente válido y no pesa sobre él ningún vicio que lo invalide. Refiere que al momento del traslado la entidad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, sin que para ese entonces se exigiera una información en los términos señalados en la demanda, sumado a que las ventajas y características de ambos regímenes se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios, además que debió actuar con diligencia. Manifiesta que el actuar de la administradora siempre ha sido de buena fe y conforme a las normas vigentes para la época del traslado, además de cumplir con las obligaciones que se encontraban a su cargo, a más que en ese momento no existían las cargas de la asesoría y el buen consejo, lo cuales nacieron desde 2010, sumado a que la accionante tuvo varias oportunidades para cambiar de decisión y no lo hizo, de lo cual se concluye que siempre mantuvo un interés de permanecer en el RAIS.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirlo junto con tales dineros.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia como lo indicó el a quo, debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado como lo pretende COLPENSIONES, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere

al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora STELLA CONDE BETANCOURTH el 17 de agosto de 1994 (fl. 243), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, posteriormente el 6 de noviembre de 1996 se afilia a PORVENIR (fl. 242), el 17 de diciembre de 2001 a COLFONDOS (fl. 219), el 29 de julio de 2005 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 137) y finalmente el 25 de mayo de 2006 a COLFONDOS donde se encuentra en la actualidad (fl. 218); efectuando cotizaciones en el RAIS desde agosto de 1994 a la fecha (fls. 139 a 145, 222 a 225 y 236 a 238). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fl. 100), se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 1° de diciembre de 1979 al 31 de julio de 1994.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 243 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLPATRIA, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría

para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a PORVENIR, SANTANDER y COLFONDOS éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLPATRIA, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviera que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 244 y 245 efectuada en enero de 2004, debe advertirse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida haya sido puesta de presente a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo la AFP personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma, lo cual no aparece acreditado en el plenario.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLPATRIA hoy PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que COLFONDOS se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de

la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLPATRIA hoy PORVENIR, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la decisión de primera instancia, en la medida que el a quo omitió incluir la totalidad de los dineros que se deben trasladar a aquella, como también se adicionará en el sentido de ordenar a PORVENIR, PROTECCIÓN e incluso el mismo COLFONDOS (ésta por el tiempo que estuvo afiliada inicialmente en el año 2001, independientemente de la afiliación posterior), trasladen a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período

determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, en lo que a la condena en costas a COLPENSIONES se refiere, al ser vencida en juicio y oponerse a las pretensiones de la demanda, independientemente que se trate de una entidad de seguridad social y de los recursos que maneja, debe hacerse acreedora a dicha condena, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ Y ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

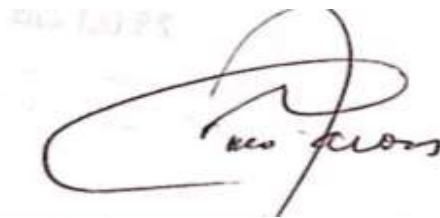
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS** traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y a esta, a recibir la totalidad de los mismos, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído objeto de alza y consulta en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS** trasladen a COLPENSIONES únicamente las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en dichas AFP, es decir, por el tiempo que estuvo en COLPATRIA, PORVENIR, SANTANDER Y COLFONDOS, previa afiliación a esta última en el año 2006.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia impugnada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

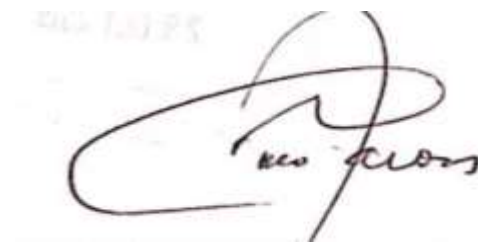


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAURICIO VELA ORBEGOZO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MAURICIO VELA ORBEGOZO**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y que siempre ha permanecido en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPM, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que nació el 29 de diciembre de 1955 y cotizó en el RPM entre el 19 de enero de 1982 y el 14 de septiembre de 1997 para un total de 743 semanas. Refiere que el 1° de junio de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR donde ha cotizado a la fecha, acreditando un total de 1.696 semanas. Sostiene que al momento del traslado no se le brindó información sobre las consecuencias del traslado ni el impacto que tendría en su mesada pensional. Expone que el 27 de abril de 2017 radico derecho de petición ante

PORVENIR, solicitando copia del formulario, de las variables que se tendrían en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor de la pensión en ambos regímenes, a lo que esta el 16 de mayo de 2017, atendió la petición, señalándole que el valor de la mesada pensional a los 62 años sería de \$1.067.290, mientras que en el RPM a los 67 años, sería de \$4.827.500. Menciona que solicitó a la demandada copia de los documentos donde aparezca la información brindada junto con la nulidad de la misma, la cual le fue negada por esta. Finalmente, aduce que el 14 de octubre de 2016 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado al RAIS el traslado de aportes, la cual también fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 105 a 113). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 17 a 19 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

PORVENIR, quien no se opone ni se allana a las pretensiones por no ir dirigidas en contra de la entidad (fls. 130 a 136). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3, 8 a 10 y niega y no le constan los demás. 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, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

De otro lado, en auto del 13 de diciembre de 2018 (fl. 161), el a quo ordenó de oficio la integración del contradictorio con **OLD MUTUAL**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 180 a 204). Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019 (CD – fl. 283), **declaró** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR y por ende, a OLD MUTUAL, **condenó** a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 1° de junio de 2008 y el 31 de mayo de 2018, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, al igual que autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a OLD MUTUAL con ocasión del traslado realizado el 5 de abril de 2018, **condenó** a OLD MUTUAL devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, **declaró** que el actor se encuentra afiliado al RPM, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos sobre el tema, donde ha concluido que es un deber de las AFP brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, además de las características, ventajas y desventajas, operando la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, siendo procedente la ineficacia si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente al beneficio de la transición o si está o no próximo a pensionarse. Refiere que en el presente caso, aunque no se este frente al beneficio de la transición lo cierto es que si está en discusión la validez del traslado por la falta de información que debió recibir al momento de su afiliación, donde debe concluirse que debe brindarse una asesoría clara y suficiente que implique los aspectos antes anotados y en caso de no darse recae en una ineficacia y no nulidad. Menciona que PORVENIR no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de

acreditar que en el caso en particular le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevo consigo la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que haya cumplido con la carga de la prueba que le asiste, dado que no se puede demostrar que para el año 1998 haya recibido información clara, veraz, precisa, suficiente y oportuna para adoptar la decisión, pues los únicos documentos que se aportaron son los que dan cuenta de la afiliación al RAIS como es el formulario de afiliación, lo cual para el despacho no resulta suficiente para cumplir con la carga probatoria, pues no se trataba de llenar un formato sino de tener elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia del traslado, pues no se denota que haya recibido una asesoría completa como lo establece la jurisprudencia al momento de la afiliación inicial y por ende, considera se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y en consecuencia, corre la misma suerte los traslados que se hicieron entre AFP.

APELACIÓN

PORVENIR apeló la decisión, respecto al traslado de todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, toda vez que durante todo el tiempo que este estuvo afiliado y decidió trasladarse de administradora, se remitieron todos los rendimientos, frutos e intereses que se encontraban depositados a la nueva AFP. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas y gastos de administración, ya que durante todo el tiempo que estuvo afiliado al fondo privado, esos dineros ya se encuentran causados y se incrementaron ya que por mandato de la ley las administradoras cobran una comisión para que se generen rendimientos e incrementen los dineros que obran en la cuenta, luego si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado inicial, el accionante debe devolver los rendimientos, intereses y frutos que se generaron, al igual que debe tenerse en cuenta que el actor es un abogado y permitió el ingreso de los asesores a la notaria donde él se encontraba y le plantearon su traslado, lo que denota que lo hizo de forma libre y voluntaria.

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, en lo referente a los gastos de administración, los cuales no fueron solicitados en la demanda por lo cual considera se vulneran sus derechos de contradicción y defensa, como también

es poco probable el reintegro de esas sumas como quiera que estas ya se causaron y pagaron a una póliza que cubrió las contingencias de invalidez y muerte, siendo improcedente se ordene la referida devolución, generando un perjuicio económico no solo a la entidad sino también al sistema.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la AFP PORVENIR en abril de 1998 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; dicha AFP junto con OLD MUTUAL, están obligadas a trasladar a COLPENSIONES los dineros que obran en la cuenta de aquella incluidos los gastos de administración y si dado el grado jurisdiccional que le asiste esta última, está obligada a aceptar el traslado y recibir tales montos, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

Al respecto, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que OLD MUTUAL que es la administradora a la que se encuentra afiliado el demandante en la actualidad, se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, la AFP debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a PORVENIR, luego es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

No obstante dada la apelación de PORVENIR, revisado el reporte de cotizaciones de OLD MUTUAL (fls. 217 a 240) , junto con la documental de folio 160, se observa que PORVENIR remitió dado el traslado entre administradoras, lo relativo a cotizaciones y rendimientos a OLD MUTUAL, de

ahí que haya lugar a modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a esta como lo señala la jurisprudencia, el traslado a COLPENSIONES únicamente lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, los cuales como se dijo, deberá asumirlos de su propio patrimonio.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de OLD MUTUAL. Sin costas para PORVENIR dada la prosperidad parcial del recurso interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

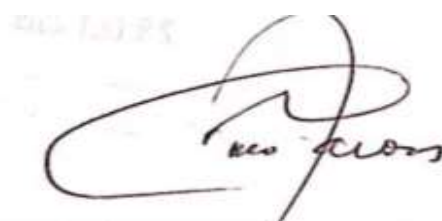
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y **REVOCAR EL PARÁGRAFO CONTENIDO EN ESTE** y en su lugar, **ORDENAR**

a **PORVENIR** traslade a COLPENSIONES, únicamente las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en dicha AFP, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL, sin costas para PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

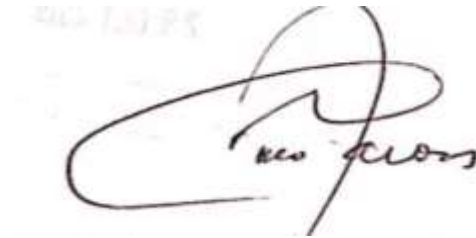
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL la suma de \$900.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LIDA SOTELO VILLEGAS
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARTHA LIDA SOTELO VILLEGAS**, se **declare** la nulidad del traslado del RPM al RAIS, efectuado en el mes de junio de 1997. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** su retorno automático a COLPENSIONES y a esta, a reactivar la afiliación y a PROTECCIÓN devuelva a aquella, todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 29 y 30).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 30 vuelto a 32), señaló que nació el 10 de mayo de 1965 y el 23 de octubre de 1989 se afilió al ISS donde permaneció afiliada hasta mayo de 1997, acumulando

aproximadamente 329 semanas. Indica que a mediados de mayo de 1997 los asesores de PROTECCIÓN se acercaron a la empresa donde trabajaba, ofreciendo a los trabajadores trasladarse de régimen, a lo que el asesor que la atendió le manifestó que el RAIS le permitiría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista en el ISS y en cuantía superior, al igual que le indicó que el instituto sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional y se reduciría la tasa de reemplazo, sin que le informara respecto a que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención del bono pensional el cual, si redimía anticipadamente, implicaría aceptar una suma inferior y en igual sentido omitió informarle que debía realizar aportes voluntarios para adicionales, para completar el capital necesario para acceder a la pensión de vejez o equiparar la cuantía que podría haber obtenido en el ISS. Menciona que le solicitó a PROTECCIÓN efectuara una proyección de la pensión, la cual a mayo de 2022 sería de \$2.217.420 mientras que, en el RPM arroja la suma de \$3.330.417. Finalmente, afirma que el 23 de mayo de 2018 elevó solicitud de traslado ante las demandadas con fundamento en la nulidad de la afiliación, la cual fue negada por la AFP, sin que COLPENSIONES a la fecha haya dado respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 53 a 66). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 4 y 25 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 103 a 127). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5, 21, 22, 27 y 28 y niega y no le constan los demás. Propuso 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 e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de diciembre de 2019 (CD – fl. 200), **declaró** la nulidad del traslado realizado el 20 de mayo de 1997 por la demandante del RPM al RAIS a través de la afiliación a PROTECCIÓN, **condenó** a PROTECCIÓN a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, **condenó** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre que reintegre la AFP, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandada aporta únicamente como prueba documental, a fin de probar la información suministrada a la demandante, el formulario de afiliación a dicha entidad del 20 de mayo de 1997, coligiendo de las demás pruebas que la accionante careció de la suficiente asesoría respecto del traslado, pues solo aparecen consignados datos de índole personal y laboral, observándose así una falta de información que las AFP están obligadas a atender. Refiere que si bien en el formulario se dice que la decisión de afiliarse es libre, voluntaria y sin presiones, ello contrasta con la falta de información ya indicada. Señala que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la ante sala de la información hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, sin que se pueda hablar de una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ello pueda tener, lo cual no puede tenerse satisfecho por la simple aceptación, correspondiendo a las administradoras dar cuenta que documentaron de manera clara y suficiente al interesado, los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declararse la ineficacia de ese tránsito. Advierte que tampoco se le dio conocer a la accionante sobre las desventajas del régimen y menos aún se le suministró copia del reglamento de la entidad; siendo el actuar de la demandada negligente. Menciona que en este caso existió error de hecho, pues la accionada enseñó de manera distorsionada un plan de pensión

difuso sin comparación con aquel que hubiera podido obtener en el régimen de prima media con prestación definida, al igual que existe error cuando se omitieron los datos que enmarcan la condición prestacional presente y futura de la actora, resultando alterada la realidad del derecho al cual aspira, en tanto la información fue imprecisa; considerando que la afiliación efectuada a PROTECCIÓN se torna ineficaz ya sea por la falta de información o por existir un error de hecho por la calidad del objeto. Finalmente, afirma que se debe declarar la nulidad de la afiliación al RAIS y en consecuencia, COLPENSIONES debe recibir a la accionante y recibir los dineros que la AFP esta obligada a devolver, pues las cosas han de retrotraerse a su estado inicial, absteniéndose de imponer condena por gastos de funcionamiento.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que el traslado se dio en debida forma y por ello, no puede la entidad resultar damnificada con la situación y hacerse acreedora a obligaciones que le corresponden a la AFP como lo es, recibir nuevamente a la demandante, máxime si en el expediente no obra prueba que demuestre que a la accionante se le haya hecho incurrir en un error en cuanto a la falta del deber de información o si está en presencia de un vicio en el consentimiento, como tampoco en la solicitud de traslado aparece alguna anotación de inconformidad y por el contrario, de las documentales se observa que está ajustado a derecho. Sostiene que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo, pues se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993, a más, que tampoco es beneficiaria del régimen de transición y por ende, no goza de una expectativa legítima y si bien las altas cortes han determinado mediante sentencias de unificación traslados, ello ha sido en casos de personas que en su momento fueron beneficiarias del régimen de transición y que si se les estaba causando un daño. Afirma que la falta de información no configura un vicio en el consentimiento en el traslado de régimen, como tampoco se alegó la nulidad dentro del término que establece que el artículo 1750 del C.C, sumado a que la actora tuvo más de 10 años para asesorarse y realizar el cambio de régimen. Finalmente, solicita se tenga en cuenta la descapitalización del sistema pensional y la

sostenibilidad financiera, pues ello afecta a las personas que han venido aportando al RPM.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora actor en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirlo junto con tales dineros.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARTHA LIDA SOTELO VILLEGAS el 20 de mayo de 1997 (fl. 139), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde junio de 1997 a la fecha (fls. 144 a 154). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fls. 72 a 74) y del referido reporte de cotizaciones efectuadas a la AFP, se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 23 de octubre de 1989 hasta el 30 de mayo de 1997.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 139 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLMENA, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para

explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLMENA hoy PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que la AFP se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLMENA hoy PROTECCIÓN, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la decisión de primera instancia, en la medida que el a quo omitió incluir la totalidad de los dineros que se deben trasladar a aquella.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco

los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

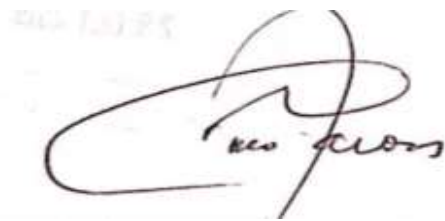
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR a PROTECCIÓN** traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y a esta, a recibir la totalidad de los mismos, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

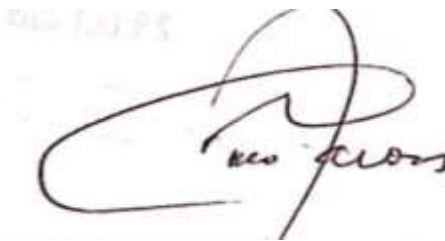


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUDOLF ALEXANDER RAHN
ZUÑIGA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RUDOLF ALEXANDER RAHN ZUÑIGA**, se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN en octubre de 1994 y que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada, traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar y a esta, a activar la afiliación, además de actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 7), señaló que nació el 2 de julio de 1957 y cotizó para varias empresas privadas. Refiere

que en octubre de 2014 se afilió al RAIS, acreditando para esa fecha 524 semanas. Sostiene que PROTECCIÓN al momento del traslado, no le informó las implicaciones de trasladarse, la naturaleza del régimen, desventajas, un escenario comparativo con otros regímenes pensionales, las ventajas del RPM ni las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. Expone que contrató por su propia cuenta una asesoría particular en la que se dio cuenta que había sido engañado por la AFP para afiliarse al RAIS, por lo que el 1° de junio de 2018 solicitó al fondo la nulidad de la afiliación y su regreso al RPM a través de COLPENSIONES. Aduce que el 31 de mayo de 2018 radicó ante COLPENSIONES solicitud de activación de la afiliación. Finalmente, afirma que las accionadas respondieron su solicitud, negando la misma.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 100 a 108). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 17 y 19 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 125 a 133). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 6.3, 6.11, 6.12, 6.16 y 6.18 y niega y no le constan los demás. 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 e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de enero de 2020 (CD – fl. 163), **declaró** la ineficacia de la afiliación del

demandante suscrita en el mes de julio de 1994 y en consecuencia, **declaró** que para todos los efectos el afiliado nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM, **ordenó** a la AFP PROTECCIÓN traslade los dineros ahorrados por el accionante en su cuenta individual a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES recibir los dineros ahorrados, **declaró** no probada la excepción de prescripción, relevándose del estudio de las demás y **condenó** en costas a PROTECCIÓN señalando como agencias en derecho la suma de \$850.000.

Fundamentó su decisión, indicando que al argumentarse en la demanda una falta de información al momento del traslado, pese a que en la demanda se hable de nulidad, el estudio se centrará en la ineficacia de la afiliación como así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, quien también ha establecido la obligación por parte de las administradoras de informar a los posibles afiliados, respecto de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, características y demás aspectos que rigen ambos regímenes, sin que sea necesario que el afiliado tenga un derecho adquirido o sea beneficiario del régimen de transición, trasladando la carga de la prueba a las AFP cuando el actor señale que no se le ha brindado la debida asesoría. Sostiene que del formulario de afiliación se evidencia que el accionante se trasladó el 15 de julio de 1994, sin que exista constancia por parte de la AFP en donde hubiera suministrado a la accionante información en forma clara y comprensible, sobre las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, pese a que esa carga le correspondía a la administradora, luego el hecho de firmar el formulario de manera libre y voluntaria de por hecho que se cumplió con esa carga. Finalmente, concluye que la demandada incumplió con su deber de información y por consiguiente se debe declarar la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, lo cual implica privar de todo efecto el traslado

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que era el demandante quien tenía la carga probatoria de acreditar cada uno de los supuestos de hecho que alega en la demanda, lo cual no ocurrió, pues no logra

demostrar por ningún medio probatorio que se haya violado el consentimiento del afiliado o que se le haya inducido en error. Expone que el actor no era beneficiario del régimen de transición, además de firmar voluntariamente el formulario de afiliación, como tampoco nunca manifestó ante la AFP que fuera coaccionado para tal firma. Finalmente, aduce que la decisión que se acaba de tomar atenta contra la sostenibilidad financiera del RPM, toda vez que el demandante cotizó por más de 20 años al RAIS y ahora pretende beneficiarse con mejores condiciones a través de COLPENSIONES y en caso de confirmarse la sentencia, pide también se confirme lo relativo a la devolución de los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirlo junto con tales dineros.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes

tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor RUDOLF ALEXANDER RAHN ZUÑIGA el 15 de julio de 1994 (fl. 134), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde octubre de 1994 a la fecha (fls. 136 a 147). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fls. 28 y 29) y del referido reporte de cotizaciones efectuadas a la AFP, se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 13 de mayo de 1979 hasta el 30 de septiembre de 1994.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 134 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PROTECCIÓN, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar

al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que la AFP se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a PROTECCIÓN, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la decisión de primera instancia, en la medida que el a quo omitió incluir la totalidad de los dineros que se deben trasladar a aquella.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

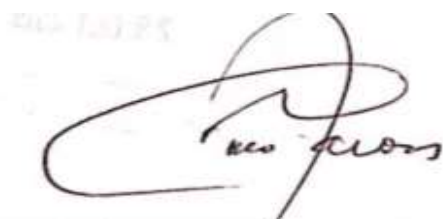
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN** traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

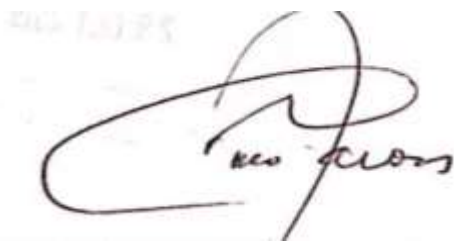


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLIVERIO CABALLERO ROMERO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **OLIVERIO CABALLERO ROMERO**, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago del incremento del 14% para su cónyuge sobre la pensión de vejez, junto con el pago de la respectiva retroactividad mientras subsistan las causas que le dieron origen, la indexación de las sumas adeudadas y el pago de las costas y agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que el ISS mediante Resolución 018350 de 2009 le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, sin que le haya otorgado e incremento por personas a cargo. Refiere que el 24 de diciembre de 1973 contrajo matrimonio con la señora ALBA LORENZA VANEGAS BEJARANO con quien convive hace 45 años y depende de un todo y por todo de él, toda vez que no trabaja, no recibe pensión, además de ser su beneficiaria en salud. Finalmente, sostiene que elevó derecho de petición el 3 de abril de 2018 ante la demandada solicitando los incrementos por personas a cargo, sin que a la fecha la entidad se haya pronunciado al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 27 a 31), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 8 y 9 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, incompatibilidad intereses moratorios e indexación, prescripción, cobro de lo no debido y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019 (CD – fl. 47), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido propuestas por la accionada y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, señaló que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994 fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993, por lo que dichos incrementos dejaron de existir, adicional a que solo se protegió las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir el derecho pensional bajo el antiguo régimen, sin que tal protección se predicara de otros derechos extra pensionales como en su momento lo previó el mencionado artículo. Sostiene que dicho pronunciamiento es de obligatorio cumplimiento en atención al artículo 48 de la Ley 270 de 1996, por lo que al proceder los incrementos solo para aquellos afiliados que consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia del decreto 758 de 1990 y no para quienes se vieron beneficiados por el régimen de transición como en el caso del aquí demandante, se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

La parte de demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional

de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor OLIVERIO CABALLERO ROMERO, conforme se infiere de la copia de la Resolución 018350 del 28 de abril de 2009 (fl. 15), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$682.434, a partir del 26 de agosto de 2008.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota

posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán

como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a

cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **26 de agosto de 2008**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

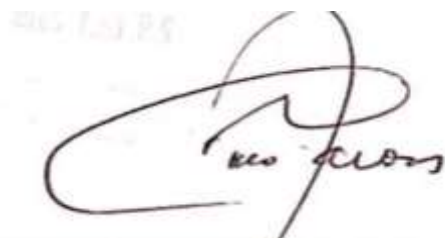
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDILMA CAMPOS REYES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EDILMA CAMPOS REYES**, se **declare** nula e ineficaz la afiliación al RAIS efectuada inicialmente a protección y posteriormente a OLD MUTUAL. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar y a esta, a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes a pensión, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 6 y 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló que nació el 8 de diciembre de 1959 y se afilió al ISS el 1° de abril de 1978 cotizando 1.055,29 semanas al 30 de abril de 2001. Refiere que se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 24 de abril de 2001, por cuanto

a su lugar de trabajo se presentaron asesores del fondo indicándole que podía acceder a una pensión mayor de la que eventualmente le correspondería en el ISS, omitiendo brindarle información sobre las consecuencias del traslado, características de ambos regímenes pensionales, el monto de la mesada pensional en estos, la probabilidad de pensionarse y la posibilidad de regresar al RPM y de retractarse del traslado. Expone que trasladó sus aportes a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y posteriormente el 28 de abril de 2014 se afilió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL donde se encuentra en la actualidad. Menciona que 12 de abril de 2016 radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado al RPM la cual fue negada por esta, al igual que el 17 de mayo de 2017 elevó una nueva solicitud a dicho ente, siendo nuevamente rechazada. Aduce que el 26 de octubre de 2017 OLD MUTUAL dada la petición elevada por ella, le informó que el valor estimado de su mesada pensional sería de \$875.007, mientras que según la proyección realizada por la firma ADDECO SAS en COLPENSIONES su pensión equivaldría a \$2.628.048. Finalmente, afirma que en diciembre de 2017, solicitó a las AFP demandadas la anulación de su afiliación la cual le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 88 a 98). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3 y 16 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

OLD MUTUAL se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 125 a 146) Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 15, 16, 24 y 26 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

PROTECCIÓN contestó el libelo (fls. 196 a 223), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los

numerales 1, 4, 23 y 28 y niega y no le constan los demás. Presentó 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 traslado de aportes a OLD MUTUAL.

De otro lado, en auto del 4 de junio de 2019 (fl. 256), el a quo ordenó de oficio la integración del contradictorio con **PORVENIR**, quien no se opone ni se allana a las pretensiones por no ir dirigidas en contra de la entidad (fls. 282 a 289). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1 y no le constan los demás. 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 y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de febrero de 2020 (CD – fl. 365), **declaró** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN y por ende, a PORVENIR y OLD MUTUAL, **condenó** a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 1° de junio y el 31 de diciembre de 2001 y del 1° de noviembre de 2007 al 31 de mayo de 2008, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, al igual que autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a PORVENIR con ocasión del traslado realizado entre el 1° de enero de 2002 y el 1° de junio de 2008, **condenó** a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de octubre de 2007 y del 1° de junio de 2008 al 31 de mayo de 2014, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, al igual que autorizó

efectuar el descuento del dinero que transfirió a OLD MUTUAL con ocasión del traslado realizado el 1° de noviembre de 2007 y el 1° de junio de 2014, **condenó** a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, **declaró** que la actora se encuentra afiliada al RPM, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PROTECCIÓN.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos sobre el tema, donde ha concluido que es un deber de las AFP brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, además de las características, ventajas y desventajas, operando la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, siendo procedente la ineficacia si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente al beneficio de la transición o si está o no próximo a pensionarse. Refiere que en el presente caso, aunque no se este frente al beneficio de la transición lo cierto es que si está en discusión la validez del traslado por la falta de información que debió recibir al momento de su afiliación, donde debe concluirse que debe brindarse una asesoría clara y suficiente que implique los aspectos antes anotados y si bien no se puede hablar de una proyección para esa época, lo cierto es que para ese momento si existía el deber de información y en caso de no darse recae en una ineficacia y no nulidad. Menciona que PROTECCIÓN no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que en el caso en particular le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevo consigo la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que haya cumplido con la carga de la prueba que le asiste, dado que no se puede demostrar que para el año 2001 haya recibido información clara, veraz, precisa, suficiente y oportuna para adoptar la decisión, pues los únicos documentos que se aportaron son los que dan cuenta de la afiliación al RAIS como es el formulario de afiliación, lo cual para el despacho no resulta suficiente para cumplir con la carga probatoria, pues no se trataba

de llenar un formato sino de tener elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia del traslado, pues no se denota que haya recibido una asesoría completa como lo establece la jurisprudencia y si bien se efectuaron traslados entre administradoras, lo que se verifica es la información dada en el traslado inicial, a más que tampoco se observa que con estas haya existido la suficiente ilustración, luego cualquier información que hubiese podido recibir por esas AFP en nada incidiría, pues no se estaría hablando de una información oportuna y por ende, considera se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y en consecuencia, corre la misma suerte los traslados que se hicieron entre AFP.

APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de alzada, exponiendo que no existen elementos que den cuenta de la existencia de vicios en el consentimiento, pues no existe una expectativa legítima para la demandante, como quiera que la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, como tampoco era beneficiaria del régimen de transición, por ende, debe someterse a las reglas del régimen al cual se encuentra afiliada. Resalta que la simple manifestación de inconformidad en cuanto al monto a recibir por concepto de mesada pensional, por sí solo, no constituye prueba de que cuando realizó su traslado lo haya hecho con motivo de un engaño o equivocada información, a más que lo que se denota es un descuido por parte de la accionante, máxime si tuvo cuatro traslados entre administradoras, lo que ratifica la existencia del negocio jurídico cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, manifestando que la estructura de ambos regímenes se encuentra en la ley 100 de 1993 y sus demás normas complementarias por loque no resulta plausible que la accionante alegue después de aproximadamente 18 años de su traslado inicial, que no fue asesorada de manera completa sobre las implicaciones que acarrearba su traslado pensional y aceptar sus alegaciones implicaría que el desconocimiento de la ley genera un vicio en el consentimiento lo cual va en contra de los artículo 1509 y siguientes del C.C. Sostiene que debe tenerse en cuenta lo señalado por la actora en el interrogatorio de parte en el que indicó

que conocía las características del régimen y las condiciones para consolidar un derecho pensional en el RPM, lo que da a entender que sí conocía de las características más importantes del régimen al cual se estaba vinculando. Expone que la demandante se trasladó entre diferentes administradoras del RAIS, sin que sea dable aceptar que en ninguno de esos traslados haya tenido algún tipo de asesoría, especialmente en el tema de los rendimientos financieros que es la característica principal del régimen al cual se estaba vinculando, acreditándose que lo manifestado por ella va en contra de las decisiones que ha tomado durante los últimos años, en tanto de manera libre y voluntaria decidió trasladarse al RAIS, luego es dable afirmar que su deseo era permanecer en este régimen, pues su inconformidad radica en el monto de la mesada pensional y al afiliarse, es claro que aceptó las condiciones del régimen. Finalmente en lo que se refiere a los gastos de administración, menciona que la entidad siempre actuó de forma profesional y como consecuencia de esa tarea se generaron unos rendimientos los cuales de seguir en el RAIS, tendría una incidencia en la mesada pensional, a más que actuó de buena fe, pues cuando la demandante decidió afiliarse a OLD MUTUAL estaba imposibilitada para cambiarse de régimen, luego cualquier información que le hubiere podido brindar sería inocua.

PROTECCIÓN impugno la sentencia de primera instancia, indicando que previo a la firma del formulario de afiliación, se hace una asesoría verbal tal y como se estipula en las asesorías verbales que tienen las entidades financieras. Refiere que es imposible devolver los gastos de administración toda vez que la actora ya no se encuentra afiliada al fondo y los aportes fueron trasladados a otras AFP, actuando de forma legal conforme a la Ley 100 de 1993 la cual no se creó para perjudicar a los afiliados, de ahí que no se pueda hablar de engaño por cumplir con las normas que regulan el tema.

PORVENIR apeló la decisión, señalando que el formulario se suscribió de manera libre y voluntaria por parte de la demandante, sin que fuera tachado de falso. Resalta que el deber de información se estableció en el año 2004 con el concepto que al respecto emitió la Superintendencia Bancaria en su momento, al igual que dicho ente en concepto de 2020, dice que las AFP no están obligadas a trasladar gastos de administración que se causaron en el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado,

de ahí que se pueda identificar que esos gastos de administración se utilizaron para generar todos los rendimientos los cuales fueron debidamente trasladados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, ésta junto con OLD MUTUAL y PORVENIR, deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora EDILMA CAMPOS REYES el 24 de abril de 2001 (fl. 232), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, posteriormente el 11 de diciembre de 2001 se afilia a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 293), 28 de septiembre de 2007 regresa a SANTANDER (fl. 290), el 15 de abril de 2008 regresa a HORIZONTE (fl. 290), el 1° de enero de 2014 PORVENIR (fl. 290) y el 28 de abril de 2014 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 147) donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde junio de 2001 a la fecha (fls. 159 a 166). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (fls. 104 a 108), se evidencia que aportó a esta de forma interrumpida desde el 1° de abril de 1978 hasta el 30 de abril de 2001.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 232 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues SANTANDER hoy PROTECCIÓN, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquella de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a HORIZONTE, PORVENIR y SKANDIA éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó SANTANDER, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviera que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que OLD MUTUAL se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a SANTANDER hoy PROTECCIÓN de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado

original y por ende, se deben devolver tales rubro y de ser el caso, asumirlos con su propio patrimonio, a más que no se demostró que las sumas de la aseguradora hayan sido canceladas a estas y sobre que montos.

No obstante, dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, se tiene que del reporte de cotizaciones de OLD MUTUAL, junto con la documental de folio 234, tanto PROTECCIÓN como PORVENIR, remitieron dados los traslados entre administradoras, lo relativo a cotizaciones y rendimientos a la AFP a la cual la actora se afilió, de ahí que haya lugar a modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a estas como lo señala la jurisprudencia, el traslado a COLPENSIONES únicamente lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, los cuales como se dijo, deberán asumirlos de su propio patrimonio.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y PORVENIR.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

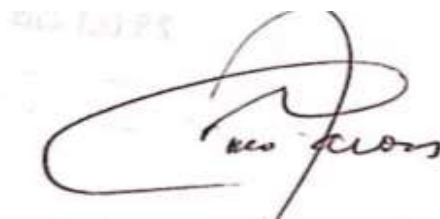
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada y **REVOCAR LOS PARÁGRAFOS CONTENIDOS EN ELLOS**, y en su lugar, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** trasladen a COLPENSIONES, únicamente las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en dichas AFP, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL, PORVENIR y PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

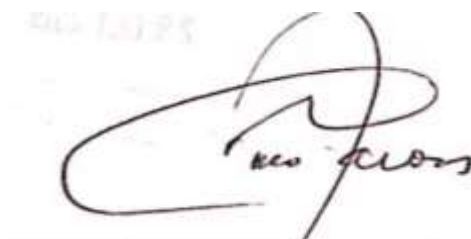
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL, PORVENIR y PROTECCIÓN la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIR RAQUEL RODRÍGUEZ
MURCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **JAIR RAQUEL RODRÍGUEZ MURCIA**, se **declare** la nulidad de la afiliación realizada el 1° de marzo de 1997 a PROTECCIÓN. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES recibirla y afiliarla de nuevo al RPM, se **condene** a PROTECCIÓN traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, lo que resulta probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 36 y 37).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 37 y 38), señaló que nació el 30 de agosto de 1965 y desde el 10 de febrero de 1988 cotizó de forma ininterrumpida al ISS desde el 10 de febrero de 1988 hasta el 28 de febrero de 1997. Refiere que PROTECCIÓN la persuadió el 1° de marzo de 1997 para que se vinculara al RAIS, bajo el argumento que obtendría una mesada superior a la que obtendría en el ISS, que se podía pensionar de manera anticipada aún sin el cumplimiento de las semanas y edad. Sostiene que el fondo no le realizó ningún estudio o asesoría sobre el impacto que tendría el traslado, además de no recibir una proyección de lo que sería el valor de su mesada pensional, no se le ilustro sobre las ventajas o desventajas, la negociación del bono pensional ni que debería tener un capital mínimo suficiente para hacerse acreedora a una eventual pensión. Expone que el 24 de octubre de 2018 solicitó a la AFP realizara una proyección de su pensión, a lo que esta le dijo el 6 de noviembre de la misma anualidad que su mesada al cumplir 60 años sería de \$913.418. finalmente, aduce que tiene 1536,43 semanas y que el 17 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el cual fue negado por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 67 a 72). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 17 y 18 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 109 a 115). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 12 a 16 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, buena fe, 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 y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de febrero de 2020 (CD – fl. 113), **declaró** la ineficacia de la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN suscrita el 20 de abril de 1994 y en consecuencia, **declaró** que para todos los efectos nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM, **ordenó** a protección devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN los referidos valores y actualizar la historia laboral, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia en estos casos ha hecho claridad que no se debe hablar de nulidad sino de ineficacia y por lo tanto no se debe exigir esa prueba de los vicios del consentimiento, al igual que ha señalado que hay lugar a declarar la ineficacia cuando al momento de la afiliación no se le da al afiliado una información, clara, precisa y oportuna respecto de las características de cada uno de los regímenes pensionales para que este de manera libre y voluntaria decida a cual régimen afiliarse, sin que la firma del formulario sea una prueba del consentimiento informado, pues para que este se dé, debe probarse la asesoría que se le dio en este caso a la demandante, como también la Corte ha expuesto que la carga de la prueba se encuentra a cargo de las AFP y que la ineficacia se predica independientemente si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición. Sostiene que en el presente asunto el fondo no logró demostrar que brindó la debida asesoría, pues del formulario de afiliación no se denota tal situación como tampoco del interrogatorio de parte que rindió la accionante, sin que pueda culparse a la demandante por no haberse preocupado de obtener la información, pues ello se encontraba primero en cabeza del estado quien debió ilustrar a los ciudadanos de la reforma pensional y posteriormente en los fondos quienes al momento del traslado debían brindar la correcta asesoría, sin que el hecho que haya pasado el tiempo afiliada al fondo, de por hecho que se suplió esa falta de información.

APELACIÓN

PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, respecto a la devolución de los gastos de administración, manifestando que ello va en contravía del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que estableció los valores que podían cobrar los fondos de pensiones por la gestión y administración de los recursos de sus afiliados, sumado a que violaría el principio de igualdad toda vez que se ordena devolver los rendimientos que generaron los aportes de la demandante, en tanto desconoce que la entidad realizó una gestión diligente en la administración de los recursos que derivaron en unos rendimientos a favor de la misma, de ahí que esa gestión deba ser recompensada como lo ordena la Ley; luego devolver gastos de administración como rendimientos, excluiría una cosa de la otra y así, si PROTECCIÓN devuelve los gastos de administración, la accionante debe efectuar la devolución de los rendimientos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en abril de 1994 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; la AFP está obligada a trasladar a COLPENSIONES los dineros que obran en la cuenta de aquella incluidos los gastos de administración y si dado el grado jurisdiccional que le asiste esta última, está obligada a aceptar el traslado y recibir tales montos, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

Al respecto, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que PROTECCIÓN se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, la AFP debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, es claro que dada

la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Por lo que sobre estos aspectos y se itera, dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la sentencia de primer grado, en tanto omitió ordenar a PROTECCIÓN el traslado de todos los emolumentos que se indicaron en líneas anteriores.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PROTECCIÓN.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

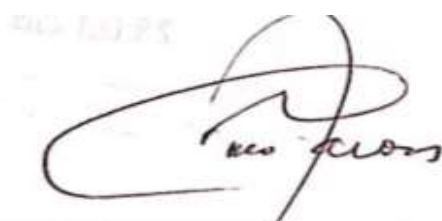
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN** traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alza y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

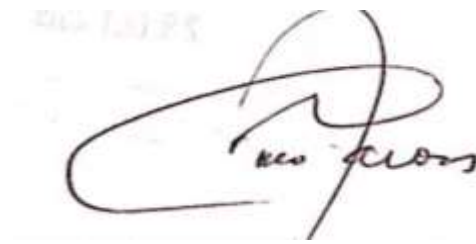
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, la suma de \$900.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text, possibly a date or reference number.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA TORRES VANEGAS
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS
S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ MARINA TORRES VANEGAS**, se **declare** la nulidad de la afiliación realizada el 29 de septiembre de 1997 a COLFONDOS, junto con las efectuadas con posterioridad. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a OLD MUTUAL que es la administradora donde se encuentra en la actualidad, traslade a COLPENSIONES, los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos e intereses y a esta, a recibirlos e incluirlos en la historia laboral y lo que resulte probado ultra y extra petita (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que nació el 7 de junio de 1962 y desde el 3 de diciembre de 1984 empezó a cotizar al ISS. Refiere que en septiembre de 1997 se afilió al RAIS a través de COLFONDOS, a lo que esta, en una reunión llevada a cabo en la empresa donde trabaja, le indicó que al ISS lo iban a liquidar y de acuerdo a la nueva Ley, era obligatorio pasarse a los fondos para salvar las cotizaciones, que ofrecían excelentes rendimientos, además de poder pensionarse a cualquier edad y en mejores condiciones, sin que en algún momento le hablaran de las posibles desventajas del traslado, como tampoco sobre la forma en que sería liquidada la mesada pensional en uno u otro régimen, como tampoco le informo sobre las consecuencias de su traslado, ni los tiempos o plazos en los cuales podía regresar al RPM, al igual que omitió decirle que para pensionarse de forma anticipada debía negociar el bono pensional y que este podía redimirse cuando cumpliera 60 años de edad, no le explicó sobre las modalidades de pensión en ese régimen, la distribución de la cotización. Expone que en el año 2010 en virtud de una charla que le dieron, indagó sobre la posibilidad de trasladarse al RPM pero COLFONDOS le dijo que no podía por contar con más de 47 años. Sostiene que en marzo de 2011 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR motivada por la información que le dieron los asesores de ese fondo. Indica que en mayo de 2012 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL buscando mejores rendimientos que le permitieran pensionarse antes de los 60 años de edad, sin embargo, ninguna de las administradoras a las que estuvo afiliada, le brindaron información específica sobre el funcionamiento del régimen y su incidencia en la liquidación de la mesada pensional. Menciona que en 2017 solicitó a OLD MUTUAL información sobre su situación pensional, donde le indicaron de forma verbal que de acuerdo al capital ahorrado y considerando que no tenía beneficiarios, era posible que su mesada fuera levemente superior al salario mínimo legal mensual vigente. Aduce que en septiembre de 2018, solicitó a COLFONDOS la anulación de su afiliación y traslado al RAIS, lo cual también pidió a PORVENIR, OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la cual fue negada por estas. Finalmente, refiere que OLD MUTUAL realizó una proyección de su mesada pensional la cual en el RAIS equivale a \$1.326.762 y en COLPENSIONES a \$2.300.000.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 91 a 101). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 2 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

OLD MUTUAL se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 114 a 123). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 24 y 27 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS contestó el libelo (fls. 154 a 181), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3, 4, 22 y 25 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 190 a 202). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 23 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl. 254), **declaró** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por COLFONDOS y por ende, a PORVENIR y OLD MUTUAL, **condenó** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 1° de noviembre de 1997 y el 30 de abril de 2011, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar

descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, al igual que autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a PORVENIR con ocasión del traslado realizado el 1° de mayo de 2011, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido entre el 1° de mayo de 2011 y el 30 de junio de 2012, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, al igual que autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a OLD MUTUAL con ocasión del traslado realizado el 1° de julio de 2012, **condenó** a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración o cualquier otro concepto, **declaró** que la actora se encuentra afiliada al RPM, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional, al igual que la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos, donde ha concluido que es un deber de las AFP brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, además de las características, ventajas y desventajas, operando la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, siendo procedente la ineficacia si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente al beneficio de la transición o si está o no próximo a pensionarse. Refiere que en el presente caso, aunque no se este frente al beneficio de la transición lo cierto es que si está en discusión la validez del traslado por la falta de información que debió recibir al momento de su afiliación, donde debe concluirse que debe brindarse una asesoría clara y suficiente que implique los aspectos antes anotados y si bien no se puede hablar de una proyección para esa época, lo cierto es que para ese momento si existía el deber de información y en caso de no darse recae en una ineficacia y no nulidad. Menciona que COLFONDOS no allegó

ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que en el caso en particular le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevo consigo la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que haya cumplido con la carga de la prueba que le asiste, dado que no se puede demostrar que para el año 1997 haya recibido información clara, veraz, precisa, suficiente y oportuna para adoptar la decisión, pues los únicos documentos que se aportaron son los que dan cuenta de la afiliación al RAIS como es el formulario de afiliación, lo cual para el despacho no resulta suficiente para cumplir con la carga probatoria, pues no se trataba de llenar un formato sino de tener elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia del traslado, pues no se denota que haya recibido una asesoría completa como lo establece la jurisprudencia y si bien se efectuaron traslados entre administradoras, estos lo fueron con posterioridad al cumplimiento de los 47 años de edad, luego cualquier información que hubiese podido recibir por esas AFP en nada incluiría, pues no se estaría hablando de una información oportuna teniendo en cuenta que para esa data ya no era posible el traslado de régimen y por ende, considera se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y en consecuencia, corre la misma suerte los traslados que se hicieron entre AFP.

APELACIÓN

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, manifestando que en el escrito de demanda, nada se dijo respecto de la devolución de gastos de administración y comisiones respectivas cuando así vulnerado su derecho de defensa, al igual que la sentencia que motivó la condena referente a la devolución de los gastos de administración, corresponde a unos supuestos fácticos diferentes a los que aquí se debaten, por lo tanto no es dable su aplicación. Finalmente, sostiene que artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señaló que el porcentaje de comisión se destina una parte para pagar la póliza para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte de la cual la accionante ha gozado y se le ha garantizado desde el año 2012 a la fecha, a más que esos porcentajes fueron pagados a las aseguradoras para cubrir esos riesgos y por tanto, esos dineros no se encuentran en las arcas de la administradora, siendo en la práctica inviable la devolución de esos dineros y

por ende, tocaría respaldarlo con el patrimonio propio, poniendo en riesgo al sistema.

PORVENIR apeló la decisión, señalando que la entidad hizo la devolución de los rendimientos financieros, razón por la cual es imposible devolverlos. Considera que al haberse efectuado el traslado inicial con COLFONDOS, sobre PORVENIR no debe recaer ninguna condena y menos aún, ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que estos se invirtieron durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada para cubrir los riesgos de IVM, a más que esos seguros se suplieron y no se puede atar por vía jurisprudencial ya que no es derecho, habida cuenta que en este caso con posterioridad a su vinculación con PORVENIR, ya no era posible inferir una asesoría por cuanto la actora tenía 47 años de edad, superándose con creces el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, luego es COLFONDOS quien tiene que cubrir esos gastos de administración, de ahí que no se le pueda endilgar una obligación en la medida que no actuó de mala fe, sumado a que en la demanda no se pidió lo relacionado con gastos de administración.

COLPENSIONES presentó recurso de alzada, exponiendo que no existen elementos que den cuenta de la existencia de vicios en el consentimiento, pues no existe una expectativa legítima para la demandante, como quiera que la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, como tampoco era beneficiaria del régimen de transición, por ende, debe someterse a las reglas del régimen al cual se encuentra afiliada. Resalta que la simple manifestación de inconformidad en cuanto al monto a recibir por concepto de mesada pensional, por sí solo, no constituye prueba de que cuando realizó su traslado lo haya hecho con motivo de un engaño o equivocada información, a más que para el año del traslado la AFP solo tenía la obligación de informar sobre las condiciones que existían para trasladarse de lo cual si da cuenta la accionante le fue informado, evidenciándose que la inconformidad de la demandante radica únicamente en el valor de la mesada pensional, lo que no prueba que haya existido un engaño para predicar la ineficacia solicitada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, ésta junto con OLD MUTUAL y PORVENIR, deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ MARINA TORRES VANEGAS el 29 de septiembre de 1997 (fl. 182), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, posteriormente el 29 de marzo de 2011 se afilia a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 203) y el 10 de mayo de 2012 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 124) donde se encuentra en la actualidad;

efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1997 a la fecha (fls. 125 a 129). Así mismo, de la historia laboral válida para bono pensional de la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA (fls. 135 y 136), se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 3 de diciembre de 1984 hasta el 29 de octubre de 1997.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 182 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional;

siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a HORIZONTE y SHANDIA éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviera que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que OLD MUTUAL se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

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

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

asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLFONDOS, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubro y de ser el caso, asumirlos con su propio patrimonio, a más que no se demostró que las sumas de la aseguradora hayan sido canceladas a estas y sobre que montos.

No obstante dada la apelación de PORVENIR, revisado el reporte de cotizaciones de OLD MUTUAL, junto con la documental de folio 183, se observa que tanto COLFONDOS como en su momento HORIZONTE,

remitieron dados los traslados entre administradoras, lo relativo a cotizaciones y rendimientos a la AFP a la cual la actora se afilió, de ahí que haya lugar a modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a estas como lo señala la jurisprudencia, el traslado a COLPENSIONES únicamente lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, los cuales como se dijo, deberán asumirlos de su propio patrimonio.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, sin costas para PORVENIR dada la prosperidad parcial del recurso interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

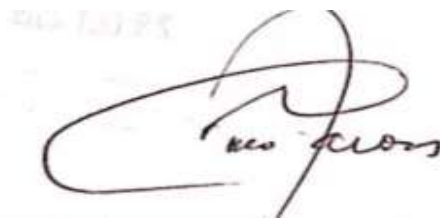
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada y **REVOCAR LOS PARÁGRAFOS CONTENIDOS EN ELLOS**, y en su lugar, **ORDENAR a COLFONDOS y PORVENIR** trasladen a COLPENSIONES, únicamente las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en dichas AFP, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, sin costas para PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

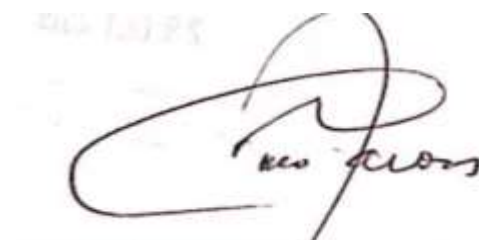
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HAYDEE MARÍA DE LA HOZ
ARELLANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **HAYDEE MARÍA DE LA HOZ ARELLANO**, se **condene** al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, más la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2 a 4), señaló que nació el 24 de mayo de 1942 y cotizó a COLPENSIONES como trabajadora del sector privado del 20 de agosto de 1993 al 31 de julio de 2018, acreditando un total de 1.279 semanas. Refiere que es pensionada del sector público desde el 1° de abril de 1993 por CAJANAL. Sostiene que mediante Resoluciones SUB 242771 del 17 de septiembre de 2018 y DIR 19441 del 2 de noviembre de 2018 le negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Finalmente, indica que durante el tiempo que estuvo como

trabajadora particular, ella junto con su empleador UNIVERSIDAD LIBRE cotizaron de buena fe durante 25 años.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 62 a 75). En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 5 y 10 a 12 y acepta los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho a pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC no de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de enero de 2020 (CD – fl. 258), **declaró** que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES de acuerdo a los aportes efectuados a esa entidad por parte de empresas del sector privado, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la accionante la suma de \$71.519.658,92 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual se encuentra debidamente indexada, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho el 7% de la condena impuesta.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien la demandante en principio sería beneficiaria del régimen de transición por contar a 1° de abril de 1994 con la edad de 50 años, también lo es que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, tan solo llevaba cotizadas 616.59 semanas, sin acreditar las 750 exigidas por dicha norma a fin de conservar la transición, al igual que cotizó un total de 1.279.86 semanas no cumpliendo tampoco con el número de semanas exigido por la Ley 100 de 1993

modificada por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez. Señala que en el evento en que el afiliado no cumpla con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez tiene derecho a que dependiendo en el régimen en el que se encuentre afiliado, los saldos le sean devueltos o se le reconozca una indemnización sustitutiva siempre y cuando manifieste a la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado, la imposibilidad de seguir cotizando al sistema. Expone que COLPENSIONES negó la indemnización sustitutiva a la demandante, argumentando que esta es incompatible con la pensión de jubilación percibida por la accionante a cargo de CAJANAL hoy UGPP y que esos tiempos fueron utilizados por la caja para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Sostiene que de la Resolución a través de la cual CAJANAL le reconoce la prestación a la actora, se extrae que esta se otorgo teniendo el cuenta el tiempo laborado al MINISTERIO DE HACIENDA. Sobre la compatibilidad de la pensión concedida por CAJANAL con tiempos públicos y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo e COLPENSIONES por aportes efectuados en el sector privado, menciona que la Corte Suprema de Justicia dispuso que si la primera prestación fue reconocida por tiempo prestados al sector público con o sin aportes a las llamadas cajas de previsión, mientras que la otra lo fue por aportes de empleados particulares al ISS, las dos prestaciones son compatibles en la medida que su objeto y financiación no se pueden confundir; de ahí que en el presente caso considere al ser la pensión reconocida por CAJANAL únicamente con los tiempos laborados en el MINISTERIO DE HACIENDA, es compatible con la indemnización sustitutiva deprecada, dado que son prestaciones completamente diferentes, en la medida que tienen un origen distinto y los fondos con los cuales se pagan son opuestos, a más que la indemnización sustitutiva no es una asignación pensional por lo que mal podría darse una incompatibilidad en los términos del artículo 128 de la CN y en consecuencia, señala se debe acceder a las pretensiones de la demanda, otorgando la indemnización en la suma de \$71.519.658,92 la cual se encuentra debida indexada y que en todo caso COLPENSIONES deberá indexar al momento de su pago.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que la demandante acreditó un total de 1.279 semanas y nació el 24 de mayo de 1942 y una vez revisado el sistema de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA se encontró reportada una pensión de jubilación por parte de CAJANAL, por lo que debe tenerse en cuenta el artículo 128 de la CN y el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, las cuales establecen que nadie podrá desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, como también lo ha expresado la Corte Constitucional, a más que las cotizaciones están dadas para sostener el sistema y por ello no debe accederse a la indemnización deprecada, sumado a que esta prestación es incompatible con la pensiones de vejez e invalidez y por ende afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, aduce que no debe ser condenada en costas dado que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, por lo cual no se pueden destinar los recursos para fines diferentes a la seguridad social como lo serían las costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la actora tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pese a que disfrute de una pensión de jubilación a cargo de CAJANAL.

Status de pensionada

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que se corrobora con la copia de la Resolución 22417 del 15 de abril de 1993 (fls. 14 a 16), mediante la cual CAJANAL le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1º de abril de 1993 en cuantía de \$154.830,33. Prestación que se otorgó con fundamento en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el tiempo laborado por la accionante al MINISTERIO DE HACIENDA del 18 de noviembre de 1968 al 31 de marzo de 1993.

Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Tampoco se discute que la accionante cotizó a COLPENSIONES del 28 de agosto de 1993 al 31 de julio de 2018 un total de 1.279.86 semanas, a través del empleador UNIVERSIDAD LIBRE y como independiente.

De otro lado, no se debate el hecho que la accionante no tiene derecho a la pensión de vejez, pues si bien a 1° de abril de 1994 contaba con 51 años de edad, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición, también lo es que a 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no acreditaba 750 semanas, pues solo había cotizado 661, sumado a que tampoco cuenta con las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, ni con 1000 a 2004, a fin de acceder a la prestación en los términos de la Ley 100 de 1993, sin la modificación de la norma en cita.

Ahora en lo que se refiere a la compatibilidad de la pensión de jubilación otorgada por CAJANAL y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPESIONES, la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características a las analizadas por la Sala, en sentencia del 17 de julio de 2013 radicado 36936, señaló:

“... En efecto, aunque esta Sala de la Corte ha sido especialmente enfática en sostener que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio. (Ver en tal sentido la sentencia del 23 de junio de 2006, Rad. 27489).

“...En ese orden de ideas, en hipótesis como la que aquí se analiza, en donde la pensión de vejez es reconocida con base en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y por tiempos de servicio privado, a la vez que la pensión de jubilación se fundamenta en la Ley 33 de 1985, por tiempos de servicio al Estado, diferentes a los de la pensión de vejez, la Sala ha concluido que las dos prestaciones resultan compatibles.

“...Tras lo anterior, se debe concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, que encuentra su fuente en los reglamentos de dicha institución y se causa por las

cotizaciones allí efectuadas, es compatible con la pensión de jubilación que se funda en la Ley 33 de 1985 y se deriva de tiempos de servicio al Estado, diferentes a los tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez. Y ello es así por virtud de que las dos prestaciones, como lo reclama la censura, encuentra reglamentaciones, causas y fuentes de financiación diferentes.”
(Resaltado fuera de texto)

Así mismo, dicha Corporación en proveído SL 712 de 2018, expuso:

*“La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, **o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez,** como se trataría en este evento.*

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

*Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 **se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS (...)**”*

Adicionalmente, precisó:

*“Con arreglo al artículo 2° del citado Decreto, que alude al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, «todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión». **Lo procedente entonces, como arriba se explicó, es que el Instituto de Seguros Sociales envíe los aportes del actor con destino al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, D. C., para financiar la pensión de jubilación que viene disfrutando y obtener su reliquidación si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en la última de las normas citadas.***

El texto de los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2527 de 2000, es del siguiente tenor:

ARTICULO 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan

dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: (...)

3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones. (Resalto fuera del texto) (...)

ARTICULO 2º-Solicitud de traslado de cotizaciones e información. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 **todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión.** Cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la caja, fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, **solicitará a las administradoras o entidades de los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado se deberá efectuar dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la solicitud. (Resalto fuera del texto)**

El monto a trasladar se determinará de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, prevé:

ARTÍCULO 17. Bonos pensionales. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2527 de 2000, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 3798 de 2003. **Los bonos pensionales que expidan las Entidades Territoriales y demás Entidades Públicas al Instituto de Seguros Sociales, se liquidarán calculando el valor presente, a la fecha de traslado, del capital necesario para financiar una pensión de vejez,** con las condiciones de edad, monto porcentual y tiempo, del régimen que se le aplique, disminuido en el valor presente a la fecha de traslado, de las cotizaciones que se espera efectúe el afiliado a la administradora entre la fecha de traslado y la fecha en que adquiera el derecho, actualizadas y capitalizadas. Para todos los cálculos se utilizará un interés técnico real efectivo anual del cuatro por ciento (4%); los factores actuariales serán calculados con los mismos parámetros técnicos del Régimen de Ahorro Individual calculados al cuatro por ciento (4%) real efectivo anual. Los bonos así determinados devengarán un interés equivalente al DTF pensional calculado como IPC más cuatro (4) puntos reales, entre la fecha de traslado y la fecha de pago. (Resalto fuera del texto). (...)

Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se

incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar.

La Corte Constitucional al estudiar una demanda contra el citado artículo 17 de la Ley 549 de 1999, en sentencia CC C-262/01, dijo lo siguiente:

Los aportes que un trabajador público realiza para pensión, en el régimen de prima media con prestación definida, ingresan al Sistema General de Pensiones, cuyo objetivo es ‘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 que se fijan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones’; y, por consiguiente, no es posible devolverlos a los aportantes, como lo pretende la demandante.

Así las cosas, dichos aportes tienen una finalidad específica, cual es pagar la pensión de los mismos aportantes y de las demás personas establecidas en la ley, pues la Seguridad Social según lo establece el artículo 48 de la Constitución, se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que obliga al Estado a ampliar la cobertura de los beneficios a toda la población, mediante el subsidio a las personas que, por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a ellos.

*En otras palabras, al disponer la disposición acusada, que dichos recursos sean entregados a la entidad que reconoce la pensión, lo que la norma acusada hace es garantizar, tanto el derecho individual de cada trabajador de las entidades territoriales o públicas a que se tengan en cuenta todos los tiempos trabajados y los aportes realizados para efectos de reconocer la pensión, como la viabilidad financiera del sistema de pensiones como un todo, ya que es gracias al traslado de esos recursos a la entidad administradora que se podrán reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales, y con ello se respeta el inciso 5 del artículo 48 Superior. **En conclusión, no es posible que la entidad administradora de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, pueda entregar tales aportes directamente al trabajador, para fines distintos al reconocimiento y pago de la pensión que le corresponda una vez llene las condiciones señaladas por la ley.***

Al verificarse la sentencia en la cual se declaró exequible el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y que hace referencia la Corte Suprema de Justicia Sala en la sentencia antes referida, esto es, la C-262 de 2001, la Corte Constitucional indicó: “en primer término, considera la Corte que la

demandante parte de un supuesto erróneo, dado que la norma acusada se refiere a los bonos pensionales que expidan las entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto de Seguros Sociales, lo que quiere decir, que corresponden a aportes efectuados por servidores estatales y no privados”.

De manera que, es en este aspecto donde se marca la diferencia en el caso aquí estudiado, pues los aportes efectuados por la actora al ISS entre 28 de agosto de 1993 al 31 de julio de 2018 son netamente privados y no provienen de bonos pensionales que expidieron entidades territoriales y demás entidades públicas al ISS, como tampoco se trata de aportes efectuados en calidad de servidora pública, como lo establece la sentencia reseñada, pues la misma hace referencia a cotizaciones efectuadas por los **servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida**, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público **existentes antes de expedirse la ley 100/93**, al considerar que los mismos son recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública, lo cual imposibilita que sean entregados directamente al afiliado, situación que claramente no se da pues los aportes efectuados por la demandante al ISS hoy COLPENSIONES, provienen de empleadores privados y como independiente.

Hechas las anteriores precisiones, es claro para la Sala que son compatibles las prestaciones en la medida que tiene su origen en aportes y normatividad diferentes, pues la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL se hizo teniendo en cuenta los aportes efectuados a ella y con base en la Ley 33 de 1985 mientras que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez predicada, lo es con base en las cotizaciones efectuadas a través de empleadores privados y como independiente al ISS hoy COLPENSIONES y con fundamento en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que no fueron utilizadas por la Caja Nacional de Previsión Social para el reconocimiento de la prestación de jubilación, de ahí que la actora tenga derecho al reconocimiento de la prestación en comento pese a que la entidad de seguridad social sea una empresa industrial y comercial del estado pues no sobra advertir que la indemnización sustitutiva se financia con el producto de las cotizaciones del afiliado, cuyos dineros no hacen parte del erario

público pese a que la entidad que los administre si sea un ente estatal, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 5792 de 2014 reiterada en la SL 4538 de 2018.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, tomando como fecha de causación la de la última cotización que data de julio de 2018, se obtiene una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la suma de **\$55.875.013** la cual resulta inferior a la otorgada por a quo, por lo que sobre este aspecto se modificará la sentencia apelada.

Suma esta que deberá indexarse al momento de su pago con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, paralo cual se tendrá como IPC INICIAL el de la anualidad anterior al de la causación de la indemnización (diciembre de 2017) y como IPC FINAL el de la anualidad anterior a la fecha de pago.

Prescripción

De plano, observa la Sala que dicha excepción no está llamada a prosperar, toda vez que Corte Suprema de Justicia ha considerado que 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*» ya que las prestaciones se derivan de mismo aporte destinado a cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Así se explicó en la sentencia SL 4300 de 2020, en la cual se rememoró la SL 4559 de 2019, en la que se dijo:

“Es de recordar que el Tribunal negó la indemnización sustitutiva al actor tras considerar que operó el fenómeno de la prescripción que consagra el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, postura de la cual disiente el censor, pues señala que en materia prescriptiva la indemnización debe seguir la misma suerte de la pretensión principal. En esos términos le corresponde a la Corte verificar si dicho fenómeno operó o no.

Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto les otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los toques máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

(...)

En ese sentido, se tiene que, si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo -indemnización sustitutiva-, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos”.

Finalmente, respecto a la condena en costas impuestas a COLPENSIONES, debe precisarse que la misma aplica por vencida en el proceso en virtud de lo normado en el numeral 1° del artículo 365 del CPG, sin que para ello se tenga en cuenta si la entidad maneja recursos del sistema de seguridad social, pues se trata de aspectos de diferentes que no tienen relación alguna.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la decisión de primera instancia, en lo referente a la cuantía de la indemnización sustitutiva se refiere y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

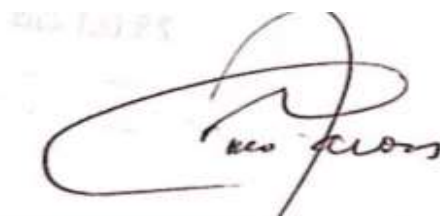
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de **\$55.875.013**, la cual deberá indexarse al momento de su pago, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

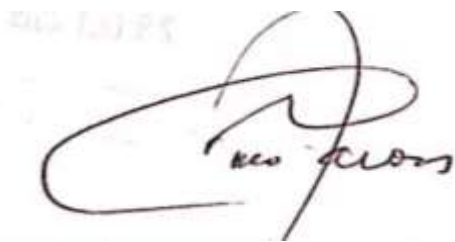
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Liquidación

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1993	134	12,140	96,920	7,984	\$ 168.212,69	\$ 1.342.930,00	\$ 5.998.421,00
1994	365	14,890	96,920	6,509	\$ 206.757,96	\$ 1.345.801,00	\$ 16.373.912,00
1995	360	18,250	96,920	5,311	\$ 305.333,33	\$ 1.621.529,00	\$ 19.458.348,00
1996	330	21,800	96,920	4,446	\$ 371.636,36	\$ 1.652.248,00	\$ 18.174.728,00
1997	360	26,520	96,920	3,655	\$ 461.000,00	\$ 1.684.771,00	\$ 20.217.252,00
1998	360	31,210	96,920	3,105	\$ 542.000,00	\$ 1.683.135,00	\$ 20.197.620,00
1999	360	36,420	96,920	2,661	\$ 633.000,00	\$ 1.684.524,00	\$ 20.214.288,00
2000	360	39,790	96,920	2,436	\$ 691.000,00	\$ 1.683.129,00	\$ 20.197.548,00
2001	360	43,270	96,920	2,240	\$ 752.000,00	\$ 1.684.397,00	\$ 20.212.764,00
2002	360	46,580	96,920	2,081	\$ 809.000,00	\$ 1.683.304,00	\$ 20.199.648,00
2003	360	49,830	96,920	1,945	\$ 866.000,00	\$ 1.684.381,00	\$ 20.212.572,00
2004	360	53,070	96,920	1,826	\$ 922.000,00	\$ 1.683.818,00	\$ 20.205.816,00
2005	360	55,990	96,920	1,731	\$ 973.000,00	\$ 1.684.286,00	\$ 20.211.432,00
2006	360	58,700	96,920	1,651	\$ 1.020.000,00	\$ 1.684.129,00	\$ 20.209.548,00
2007	360	61,330	96,920	1,580	\$ 1.126.000,00	\$ 1.779.421,00	\$ 21.353.052,00
2008	360	64,820	96,920	1,495	\$ 1.126.000,00	\$ 1.683.615,00	\$ 20.203.380,00
2009	360	69,800	96,920	1,389	\$ 1.213.000,00	\$ 1.684.297,00	\$ 20.211.564,00
2010	360	71,200	96,920	1,361	\$ 1.237.000,00	\$ 1.683.849,00	\$ 20.206.188,00
2011	360	73,450	96,920	1,320	\$ 1.276.000,00	\$ 1.683.729,00	\$ 20.204.748,00
2012	360	76,190	96,920	1,272	\$ 1.324.000,00	\$ 1.684.238,00	\$ 20.210.856,00
2013	360	78,050	96,920	1,242	\$ 1.356.000,00	\$ 1.683.838,00	\$ 20.206.056,00
2014	360	79,560	96,920	1,218	\$ 1.382.000,00	\$ 1.683.553,00	\$ 20.202.636,00
2015	360	82,470	96,920	1,175	\$ 1.690.250,00	\$ 1.986.408,00	\$ 23.836.896,00
2016	360	88,050	96,920	1,101	\$ 1.685.166,67	\$ 1.854.927,00	\$ 22.259.124,00
2017	360	93,110	96,920	1,041	\$ 805.666,67	\$ 838.634,00	\$ 10.063.608,00
2018	210	96,920	96,920	1,000	\$ 774.995,43	\$ 774.995,00	\$ 5.424.965,00

Total días	8959	Total devengado actualizado a	2018	\$ 486.466.970,0
Semanas Cotizadas S.C.	1279,86	<i>Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.</i>		<i>\$ 380.094,74</i>
		<i>Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.</i>		<i>11,486%</i>
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a	2018	\$ 55.875.013,00

Tabla Liquidación	
<i>Indemnización sustitutiva</i>	<i>\$ 55.875.013</i>
Total	\$ 55.875.013

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO RUADA DÍAZ contra CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC – CAXDAC

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GUSTAVO RUEDA DÍAZ**, se **condene** a la demandada a indexar la pensión legal de jubilación desde que le fue reconocida año por año, junto con el pago de las diferencias de las mesadas causadas incluidas las adicionales de junio y diciembre, más los incrementos anuales y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 1 y 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 y 5), señaló que mediante comunicación 58141 del 24 de abril de 1984, CAXDAC le reconoció la pensión de jubilación a partir del 2 de abril de 1984 en cuantía de \$93.750, la cual fue modificada en la suma de \$110.234,43, tomando para ello un IBL de \$146.979,25 al cual se le aplicó el 75%, efectuando los incrementos de ley a partir del año siguiente. Sostiene que en el periodo comprendido entre 1984 y 1993, los incrementos efectuados por la demandad fueron inferiores a los al IPC certificado por el DANE. Finalmente,

refiere que desde el año 1985 la pérdida del poder adquisitivo de su mesada se empezó a presentar de manera paulatina, viéndose afectada en el tiempo, recibiendo a la fecha una suma inferior a la que originalmente le fue reconocida, pues para el año 2019 le correspondería una mesada de \$6.695.549,53 y no de \$5.491.923 que es la que se le viene pagando en la actualidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAXDAC contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 30 a 51). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 parcial, 2 y 3 y niega los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora contra CAXDAC y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de enero de 2020 (CD – fl. 66), **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que de las pruebas aportadas se evidencia que el derecho pensional le fue reconocido al demandante el mismo año en que se retiró del servicio como piloto comercial, sin que se prolongara de manera alguna más allá de la fecha de retiro de la empresa en la que prestaba sus servicios; siendo evidente que no se generó derecho alguno a la indexación del IBL para el cálculo de la mesada pensional reconocida. En cuanto a los incrementos que se le ha efectuado año a año y en los que refiere el actor son inferiores al IPC lo que ha ocasionado un detrimento en su mesada pensional, señala que los reajustes proceden conforme a la ley vigente para la época de reconocimiento, entre otros la Ley 4ª de 1976 y posteriormente la Ley 71 de 1988 hasta llegar a la Ley 100 de

1993, lo que denota que los reajustes efectuados por la accionada a la mesada del actor se encuentran ajustados a la normatividad vigente. Menciona que en el año 2006 la mesada pensional fue reliquidada por orden de la Corte Suprema de Justicia, la cual fijó el monto de la mesada pensional a partir de ese año, por lo que todo lo acaecido con anterioridad al año 2006, ya no puede ser objeto de nuevo pronunciamiento en tanto esa decisión hace tránsito a cosa juzgada, máxime si contra dicha providencia se presentó solicitud de corrección del valor de la mesada pensional la cual, en efecto, fue corregida por dicha Corporación y por ende, considera que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la pensión de jubilación fue concedida inicialmente en cuantía de \$93.750 y modificada a partir de ese año en la suma de \$110.234,43 000, lo cual fue aceptado en la contestación de la demanda. Expone que difiere en el sentido que la pensión ya fue actualizada por la Corte Suprema de Justicia, pues las razones de hecho y de derecho expuestas en esa demanda son distintas a las de esta demanda, pues el primer proceso obedeció a que fue reintegrado al servicio y tuvo un salario distinto lo que generó que se actualizara la pensión con esos nuevos ingresos. Aspectos facticos que indica, difieren de lo que aquí se solicita que no es otra cosa que la pérdida del poder adquisitivo de la pensión con base en el IPC, siendo esta más favorable al trabajador.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a indexar la pensión de jubilación que le fue reconocida por CAXDAC mediante comunicación 58141 del 24 de abril de 1984.

Status de pensionado

No es tema la calidad de pensionado el actor, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que se corrobora con la

documental de folios 15, 16 y 64, de donde se colige, que mediante comunicación 58141 del 24 de abril de 1984, CAXDAC le otorgó la pensión de jubilación al señor GUSTAVO RUEDA DÍAZ a partir del 2 de abril de 1984 en cuantía de \$110.234,43. Prestación que fue reliquidada con base en la sentencia proferida el 1° de agosto de 2006 (CD – fl. 64), en cuantía de \$3.223.630 a partir del 1° de enero de 2006.

Indexación

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencias C-862 y C-891A de 2006 refrendó el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto al vacío normativo existente en torno a la indexación de la primera mesada con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y estimó que no reconocerla contrariaba los mandatos establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico. Así lo indicó en la primera de las providencias citadas al enseñar:

“No ocurre lo mismo con la pensión prevista en el numeral segundo del artículo 260 del C. S. T., porque en este caso la ausencia de previsión de indexación de la mesada pensional originó numerosos problemas interpretativos como antes se reseñó. Específicamente si se acogía la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1999, eso significaba que a los trabajadores cobijados por este supuesto se le reconocían pensiones con el salario devengado en el último año de servicios, pero como en este evento si podía transcurrir un lapso considerable entre el momento en que el trabajador cumplía el requisito del tiempo de servicios y el momento en que alcanzaba la edad prevista para ser titular de la pensión, en la práctica eso conducía a que se reconocieran pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo, y en muchos casos la pensión reconocida solamente alcanzaba el valor del salario mínimo.”

Ahora, si bien como se indicó en precedencia la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral sostuvo de antaño la improcedencia de la indexación para aquellas pensiones convencionales, legales y de sanción cuyo fundamento normativo era con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que dicha Corporación recogió el anterior criterio para entonces establecer la procedencia de la actualización de la mesada pensional sin diferenciar la cualificación pensional esto es, independiente su origen o fundamento legal.

Modulación jurisprudencial que a la fecha se encuentra vigente conforme se infiere entre otras en sentencias 43831 del 25 de septiembre de 2012, SL 736 del 16 de octubre de 2013 radicado 47709, SL 4623 del 16 de marzo de 2016 radicado 54050, SL 10926 del 3 de agosto de 2016 radicado 46563 y SL 3726 de 2018, estas últimas en las que la Corte Suprema de Justicia expuso:

“Finalmente, en la sentencia del 31 de julio de 2007, Rad. 29022, La Corte extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53, por lo que, explicó, la naturaleza legal o extralegal de la prestación no tenía trascendencia, de manera que la actualización de los salarios resultaba procedente respecto de todas las pensiones causadas en vigencia de dicha norma.”

(...)

“De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.”

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

De donde se colige, que la indexación esta instituida para mantener en el tiempo el poder adquisitivo de la moneda lo cual, en materia pensional, se utiliza para actualizar el valor del IBL por el lapso comprendido entre la fecha de retiro y de efectividad de la pensión, sin importar su origen y fecha de causación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que en el presente caso no hay lugar a indexar la pensión del accionante, toda vez que esta se hizo efectiva a partir del día siguiente (**2 de abril de 1984**) de su retiro de la empresa a la cual presaba sus servicios (**1° de abril de 1984**), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido un tiempo

considerable que amerite la actualización del IBL, como lo establece la jurisprudencia citada en precedencia.

Ahora, si bien el actor se duele en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional que recibe a la fecha no se acompasa con el monto sobre el cual se le otorgó la pensión; lo cierto es que tal situación no obedece a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda sino a los reajustes legales que desde la fecha de su reconocimiento ha efectuado la demandada sobre la mesada pensional (fl. 16), con base en la Ley 4ª de 1976, 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993, esta última, en atención al IPC certificado por el DANE y que nada tienen que ver con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente fijado mediante Decreto por el Gobierno Nacional y que en la mayoría de los casos, supera incluso hasta el doble del IPC.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos para indexar la pensión reconocida por CAXDAC al actor, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante dada la improsperidad del recurso interpuesto.

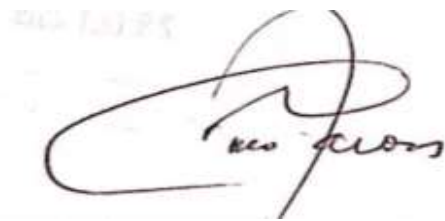
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

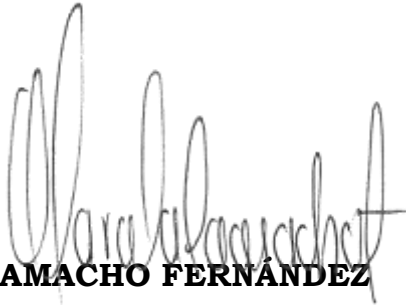
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

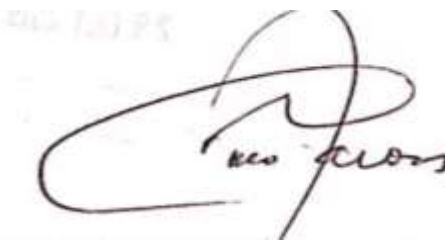


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELSA ORTEGÓN FULA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA ELSA ORTEGÓN FULA**, se **declare** que ANGELINO GUERRERO PEÑA dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES al pago de la pensión de sobrevivientes desde el 17 de abril de 1998, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso (fls. 10 y 11).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que el señor ANGELINO GUERRERO PEÑA falleció el 17 de abril de 1998 y se encontraba afiliado al ISS, efectuando cotizaciones por más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994. Finalmente, expone que convivió con el causante en calidad de compañeros permanentes desde el 13 de noviembre de 1991 y hasta el día del deceso de aquel. Sostiene que mediante Resolución 003773 de 1999 el ISS le negó la pensión de sobrevivientes, por

no reunir los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, siendo reconocida como beneficiaria en dicho acto, tan así que le fue otorgada la indemnización sustitutiva.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 29 a 36). Respecto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 5, 6, 10 y 12 y acepta los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de los intereses moratorios, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de enero de 2020 (CD – fl. 56), **declaró** que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en virtud de la condición más beneficiosa en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con ocasión al fallecimiento del señor ANGELINO GUERRERO PEÑA (q.e.p.d.), **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la accionante en calidad de compañera permanente con ocasión del fallecimiento del señor ANGELINO GUERRERO PEÑA, en cuantía de \$947.554,03, a partir del 23 de mayo de 2016, junto con los reajustes anuales y mesada adicional debidamente indexado mes por mes hasta el día en que se efectúe el pago conforme al IPC certificado por el DANE, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional a que haya lugar, el valor de \$6.494.140 reconocido a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes debidamente indexada al momento de la compensación, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la normatividad aplicable es la que se encontraba vigente al momento del fallecimiento, siendo para el presente asunto el artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su texto original, sin embargo, señala que al revisar el reporte de semanas cotizadas se observa que no cumple con los requisitos señalados en dicha normatividad, pues en

el periodo comprendido entre el 17 de abril de 1997 y el 17 de abril de 1998, fecha ésta última en la que ocurrió el deceso, acreditó un total de 0 semanas cotizadas, coligiendo que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión. Refiere que al estudiar la prestación en aplicación al principio de la condición más beneficiosa como se solicitó en la demanda y en los términos señalados al respecto por la Corte Suprema de Justicia, ha de aplicarse el Decreto 758 de 1990, encontrando que el causante cotizó un total de 1.097,14 semanas de las cuales, 1.034,16 se cotizaron a 1° de abril de 1994, cumpliendo con el requisito de semanas. Respecto a la convivencia, indica que el ISS al reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la accionante reconoció su calidad de beneficiaria. En cuanto a la incompatibilidad que aduce COLPENSIONES entre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y la pensión, menciona que la Corte ha señalado que el hecho de haber recibido por parte del beneficiario tal prestación, no lo priva de la posibilidad de acceder a la pensión, en tanto tal indemnización tiene el carácter de provisional y no se constituye en obstáculo para el disfrute de la prestación periódica cuando se demuestre que le asiste el derecho a acceder a esta, en tanto se trata de un derecho irrenunciable, por lo aduce, se debe autorizar a COLPENSIONES compense lo pagado por concepto de indemnización. Sobre la excepción de prescripción, señala que la misma opera parcialmente respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de mayo de 2016, esto es, tres años hacia atrás contados desde la presentación de la demanda (23 de mayo de 2019), como quiera que la reclamación elevada por la accionante data del 8 de julio de 1998, la cual fue despachada desfavorablemente, transcurriendo entre una fecha y otra más de tres años. En lo que se refiere al monto de la pensión, aduce que para establecer la misma, debe aplicarse lo normado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, para lo cual se tendrá una tasa de reemplazo del 80.82% del IBL calculado sobre las 100 últimas semanas, arrojando una mesada pensional a 2016 de \$947.554. Finalmente, en lo atinente a los intereses moratorios, refiere que estos no están llamados a prosperar como quiera que el derecho reconocido lo fue por disposición jurisprudencial, pues al aplicar la norma vigente al momento del fallecimiento, por lo que considera, se debe aplicar la indexación.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que la jurisprudencia de la CSJ atinente a la condición más beneficiosa, solo vino a establecer las sub reglas hasta el año 2017 y si bien el juez cita una sentencia, esta lo es con posterioridad al fallecimiento, de ahí que no se deba aplicar la misma y por ende, en virtud del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, no habría lugar a la pensión deprecada, de ahí que se le haya otorgado en su momento la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. En cuanto a la convivencia, expone que si bien medio acto administrativo que reconoció tal calidad, no se debe dejar de lado que en la fijación del litigio la entidad desconoció los hechos relacionados con este aspecto y pese a que en el expediente administrativo aparezcan declaraciones extra juicio, la demandante tenía la carga de la prueba en virtud del artículo 167 del CGP, máxime cuando el fallecimiento data de hace más de 20 años. Finalmente, solicita se revide la liquidación efectuada por el a quo, incluyendo los descuentos por concepto de aportes a salud.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a causa el fallecimiento de su compañero permanente ANGELINO GUERRERO PEÑA (q.e.p.d.), en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 17 de abril de 1998 (fl. 13) por lo que al ser una pensión de sobrevivientes, ya que se trata de la muerte del afiliado, se debe estudiar si este dejó causada la prestación a los posibles beneficiarios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en la medida que para esa data no había entrado en vigencia la modificación de la ley 797 de 2003, la cual exige para acceder a la prestación,

que el afiliado hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Al constatar si se acreditan tales requisitos, se tiene que según el reporte de semanas cotizadas allegado por la demandada (CD - fl. 37), el señor Guerrero Peña cotizó un total de 1.097,14 semanas de las cuales, ninguna se cotizó en el año inmediatamente anterior al deceso.

De donde se colige, que no se dan los presupuestos enunciados en la norma en cita para acceder a la pensión deprecada.

No obstante, en lo que tiene que ver con la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de una pensión de invalidez en la que dio aplicación a dicho principio, el cual, también es dable en tratándose de pensiones de sobrevivientes como el presente asunto.

Así, dicha Corporación al analizar este principio, señaló:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

(...)

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud– están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas

“especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

Bajo ese entendido, es dable en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, analizar si la demandante, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es, del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual exige acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al deceso o 300 semanas en cualquier tiempo previo a la muerte del afiliado.

Conforme a ello, analizado nuevamente el reporte de semanas, observa la sala que el causante cotizó a 1° de abril de 1994, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1.027,82 semanas; tiempo que le permite acceder a la prestación en los términos del Decreto 758 de 1990, en la medida que acreditó más de 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo previo al fallecimiento.

Ahora, si bien en su momento el instituto le otorgó a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, ello no le impide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la medida que ambas prestaciones no resultan incompatibles siempre que se ordene el descuento de lo pagado por dicho concepto, pues la incompatibilidad deviene en caso que ambas se paguen sin efectuar el respectivo descuento, pues se estarían otorgando dos prestaciones por la misma causa, esto es, una indemnización y pensión liquidadas con base en las mismas semanas, las cuales solo pueden utilizarse para financiar una de las dos; de ahí que tal y como lo señaló el a quo, se autorice a COLPENSIONES para que del retroactivo que se genere, descuenta la suma de \$6.494.140 que le fue otorgada mediante Resolución 003773 de 1999 (fl. 14), por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a la convivencia de la accionante con el causante, debe precisarse que existió un reconocimiento tácito de esta por parte de COLPENSIONES al otorgarle la indemnización sustitutiva, pues allí le reconoció la calidad de beneficiaria, por lo tanto, este requisito estaba por fuera del debate probatorio, conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en múltiple jurisprudencia, entre otras en sentencia SL 3933 de 2021, al indicar:

“De entrada, menester se exhibe pertinente tener presente que la entidad demandada le reconoció y pagó a la actora una indemnización sustitutiva, por lo que en tal sentido, la accionada efectivamente asumió una conducta que inequívocamente es viable identificar como reconocimiento de la condición de beneficiaria de la demandante, tal como lo ha aceptado la Sala en anteriores oportunidades en las que el otrora Instituto de Seguros Sociales reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión a quienes concibió como beneficiarios (Ver CSJ SL, 3 feb. 2010, rad. 37387, CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 42182, CSJ SL, 8 may. 2013, rad. 44313 y CSJ SL667-2013, entre muchas otras).”

Sobre el monto de la mesada pensional, debe precisarse que contrario a lo señalado por el a quo, la misma debe calcularse conforme a lo señalado en los artículos 21 y artículo 48 de la Ley 100 de 1993, en la medida que la aplicación de la condición más beneficiosa data únicamente en lo que refiere al requisito de semanas, pues lo que es la convivencia y el monto, se rigen por la norma vigente al momento del fallecimiento.

Es así, que efectuada nuevamente la liquidación de la pensión dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES, se tiene que la misma arroja un IBL de \$462.373,87 calculado sobre los aportes efectuados durante los últimos 10 años, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 67% que es la que le corresponde dado el número de semanas en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, para una mesada pensional de **\$309.790,49 a 17 de abril de 1998**, fecha de fallecimiento del señor Guerrero Peña.

Prestación que, al causarse en abril de 1998, deberá otorgarse por 14 mesadas al año, pues se ve afectada por las disposiciones contenidas en el acto legislativo 01 de 2005, como se dispuso en primera instancia.

Prescripción

Al respecto, observa la Sala que la misma está llamada a prosperar, toda vez que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión el 8 de julio de 1998, la cual le fue negada por el ISS mediante Resolución 0033773 del 17 de agosto de 1999 (fl. 14) y la demanda la presentó el 23 de mayo de 2019 (fl. 25), transcurriendo entre una fecha y otra más de tres años, sin que hubiere efectuado alguna reclamación durante ese lapso, de ahí que en los términos del artículo 151 del CPL, las mesadas causadas con anterioridad al 23 de mayo de 2016 se encuentren prescritas.

Bajo ese entendido, la prestación se otorgará a partir del 23 de mayo de 2016 en la suma de **\$873.960**, la cual resulta inferior a la otorgada por el a quo, por lo que sobre este aspecto se modificará la sentencia apelada.

En igual sentido, el retroactivo que se genere deberá indexarse al momento de su pago conforme a la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual tomará como IPC INICIAL el de la anualidad anterior al de causación de cada mesada y como IPC FINAL el de la anualidad anterior a la fecha de pago, como también la accionada habrá de descontar lo relativo a los aportes al sistema de seguridad social

en salud, como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo estatuido en el artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la decisión de primer grado en lo referente al valor de la mesada pensional y se adicionará en el sentido de ordenar los descuentos por concepto de aportes a salud.

COSTAS

En esta instancia a cargo del COLPENSIONES, dada la improsperidad del recurso interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

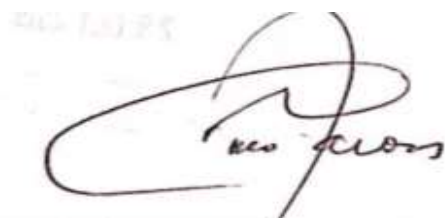
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su compañero permanente ANGELINO GUERRERO PEÑA (q.e.p.d.), a partir del 23 de mayo de 2016, en cuantía de **\$873.960**, junto con los reajustes legales y las mesadas adicionales, descontando del retroactivo que se genere los aportes por concepto de seguridad social en salud, al igual que deberá indexarlo al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

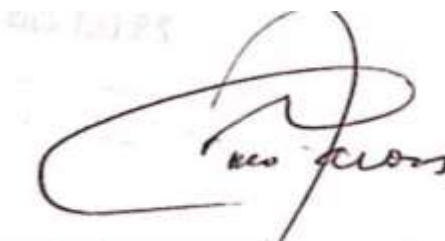


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Liquidación

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	311	1,950	31,21	16,005	\$ 21.420,00	\$ 342.829,85	\$ 3.554.002,74
1986	365	2,380	31,21	13,113	\$ 25.180,93	\$ 330.208,77	\$ 4.017.540,03
1987	365	2,880	31,21	10,837	\$ 29.757,62	\$ 322.477,50	\$ 3.923.476,29
1988	171	3,580	31,21	8,718	\$ 36.743,57	\$ 320.325,90	\$ 1.825.857,65
1989	214	4,580	31,21	6,814	\$ 48.460,09	\$ 330.226,97	\$ 2.355.619,04
1990	306	5,780	31,21	5,400	\$ 75.705,43	\$ 408.783,13	\$ 4.169.587,96
1991	309	7,650	31,21	4,080	\$ 67.691,43	\$ 276.163,33	\$ 2.844.482,29
1992	351	9,700	31,21	3,218	\$ 189.554,10	\$ 609.895,21	\$ 7.135.773,96
1993	365	12,140	31,21	2,571	\$ 327.748,11	\$ 842.588,01	\$ 10.251.487,51
1994	243	14,890	31,21	2,096	\$ 410.064,32	\$ 859.510,23	\$ 6.962.032,87
1995	360	18,250	31,21	1,710	\$ 262.154,34	\$ 448.319,84	\$ 5.379.838,03
1996	240	21,800	31,21	1,432	\$ 267.625,00	\$ 383.145,70	\$ 3.065.165,60
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				1998	\$ 55.484.863,98
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 462.373,87
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					67%
		Primera mesada					\$ 309.790,49
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 1998					\$ 203.826,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 309.790,49	0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 361.526,00	0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 394.895,00	0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 429.448,00	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 462.301,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 494.616,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 526.717,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 555.686,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 582.637,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 608.739,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 643.376,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 692.723,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 706.577,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 728.975,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 756.166,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 774.616,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 789.644,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 818.545,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	23/05/16	6,77%	\$ 873.960,00	0,00	\$ 0,0

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORELLY LEÓN SUÁREZ contra - COLFONDOS S.A.- PENSIONES Y CESANTÍAS-, -SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.- Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **DORELLY LEÓN SUÁREZ**, se **declare y se condene a** la nulidad de la vinculación al RAIS con PORVENIR S.A. , ordenando su traslado al RPMPD, junto con los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional reintegrando los cobros y gastos de administración, se **declare y se condene** a COLPENSIONES aceptar la vinculación y recibir el traslado de los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, aceptándola en el RPMPD sin solución de continuidad, se **condene** bajo el uso de las facultades ultra y extra petita y se **condene** a las demandadas en costas. (fl. 21 a 22).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 18 a 20), señaló en síntesis, que prestó sus servicios como empleada de varias empresas privadas del país desde el 02 de noviembre 1989 a la fecha, que hasta el 24 septiembre de 1998 estuvo vinculada al RPMPD, señaló que en esa fecha fue inducida de manera equivocada a vincularse al RAIS y que el asesor le informó que al trasladarse no perdería los beneficios del RPMPD, que nunca le indicaron los eventuales riesgos al trasladarse al RAIS y nunca le informaron de forma consistente, veraz y objetiva, no le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional y no le informaron a su empleador el traslado al RAIS, señaló que durante cuatro (4) años ha gestionado el traslado del RAIS a RPMPD, y finalmente señaló haber instaurado solicitudes con relación a la nulidad de traslado frente al extremo pasivo, en el que le han manifestado la imposibilidad de acceder a lo pedido.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.47 a 54 vto.), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 35 y 37, no ser ciertos 2, 13 y 14, y en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción o innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 102 a 113 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 27, 34 y 37, no ser ciertos los numerales 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16 a 24, 26, 28 a 33, y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

Finalmente, la **AFP COLFONDOS S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 140 a 159), no se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos, indicó que los contenidos en los numerales 15, 18 a 22 no correspondían a una situación fáctica sino a una apreciación subjetiva de la actora y frente a los restantes manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo 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 presentaron los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de septiembre de 2019 (CD – fl. 181), **declaró** la ineficacia de traslado de régimen realizada por la demandante entre el RPM al RAIS representado por COLFONDOS S.A. el 01 de noviembre de 1998; **ordenó** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados; **declaró no probadas** las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas al extremo pasivo.

Como **fundamentó de su decisión**, indicó el *a quo* que, el literal b del art 13 de la Ley 100 de 1993, establecía la posibilidad de escoger el régimen de pensión que era elegido de forma voluntaria por el afiliado, así también el estatuto orgánico del sistema financiero aplicable a las AFP establece la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de igual

forma, trajo a colación la jurisprudencia que gira en torno al tema y que conforme al acervo probatorio obrante en el infolio, se extraía las semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES junto con la afiliación realizada el 2 de noviembre de 1989 cotizando en el RPM 451,17 semanas, trasladándose al RAIS con COLFONDOS el 01 de noviembre de 1998, efectuando traslados entre administradoras con posterioridad, sin que dicha situación convalidara su afiliación en el RAIS,.

Por lo que le correspondía a COLFONDOS documentar la información suministrada a la demandante y acreditar que en el proceso que se dio de forma detallada y oportuna, sin que así lo realizara, no siendo suficiente lo consignado en el formulario de afiliación así como tampoco de las manifestaciones dadas por la actora en el interrogatorio de parte se lograra alguna confesión, sin que validara COLFONDOS si era o no beneficiaria del régimen de transición, proyección de los aportes, ni que se le pueda dar validez a los comunicados de prensa, ya que esa documental no acreditaba la información individualizada que le debió suministrar, declaró no probada la excepción de prescripción y las otras propuestas, procediendo a declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, con relación a la condena de costas impuestas, cuando hubo un actuar pacífico en los traslados, máxime cuando la entidad no tenía la forma de saber si estaba o no viciada la voluntad del afiliado y que resultan gravosas en virtud del sistema financiero de Colpensiones.

La parte demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de las condenas impuestas, al evidenciarse que la demandante se había trasladado de forma libre y voluntaria a COLFONDOS para el año 1998 y posteriormente se traslada en el año 2001 a Horizonte y terminando en PORVENIR por la fusión, en la que acotó que la afiliación se había llevado a cabo con el lleno de los requisitos y así se ratificó mediante formulario, la demandante era consciente de que estaba trasladando a un

fondo privado, que se le dieron las características que pudiera elegir el monto de su mesada pensional y que la pensión podía ser heredable.

Asimismo, se opuso a la devolución por concepto de gastos de administración, seguros provisionales siendo un perjuicio para PORVENIR, máxime cuando no fue la encargada de hacer el traslado de régimen pensional y se utilizó para hacer las inversiones en los cuales se generaron rendimientos, los cuales no hubiese tenido en el RPM, en cuanto a los seguros provisionales esos tampoco están en manos de la entidad como quiera que ya estaban depositados dentro de la aseguradora que en el tiempo en que estuvo vinculada a porvenir estuvo cubierta por dichos riesgos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones*

de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora DORELLY LEÓN SUAREZ el 24 de septiembre de 1998 (fl. 136), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de noviembre de 1998 (fl. 137), afiliándose posteriormente a Horizonte 24 de agosto de 2001, a PORVENIR 19 de marzo 2009 y a Horizonte S.A el 19 de febrero de 2009 (fl. 68), encontrándose actualmente afiliada a PORVENIR (fl. 99, efectuando cotizaciones en éste régimen desde octubre de 1998 a la fecha (fls.70 a 90 y 134 a 135). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 2 de noviembre de 1989 al 30 de septiembre de 1998 (fls. 39).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. obrante a folio 136 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho

que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de HORIZONTE, PORVENIR y nuevamente HORIZONTE, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. . Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue el punto de disenso en el presente asunto en contra de esa entidad, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, al haber sido condenada a recibir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante así como la de activar su afiliación en el régimen de prima media

con prestación definida, en el que hay que precisar que si bien no tuvo participación alguna en el acto de traslado inicial de un régimen a otro realizado por la demandante, lo cierto es que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena aquí impuesta.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN EL ORDINAL SEGUNDO** y se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus

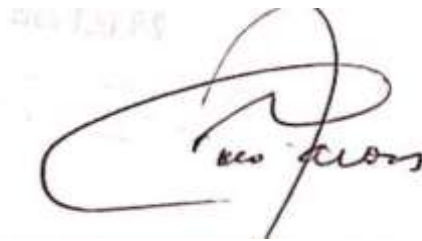
frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, conforme a lo aquí considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 13 de septiembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

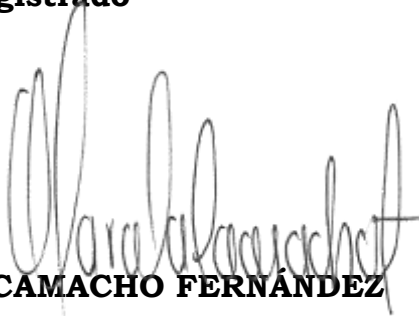
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

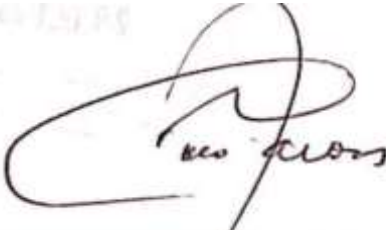
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text, possibly 'COLPENSIONES'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NANCY MARLEN RUIZ GUZMÁN
contra -SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS -PORVENIR S.A.-, -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS -PROTECCIÓN S.A.- Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **NANCY MARLEN RUIZ GUZMÁN**, se **declare** la nulidad de traslado efectuado el 21 de mayo de 1996 del ISS a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado, así mismo, se **ordene** a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado, se **ordene** a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, se **ordene** a COLPENSIONES una vez reciba los aportes por parte de PORVENIR S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral, se **declare** que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 11 de septiembre de

1987 al RPMPD, se **condene** en costas y gastos del proceso a las demandadas y las demás condenas extra y ultrapetita (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), en síntesis indicó que nació el 28 de agosto de 1960, cumpliendo la edad para pensionarse en el RPMPD en el año 2017, se afilió al sistema General de Pensiones con el ISS el 11 de septiembre de 1987, cotizando un total de 297 semanas, señaló que el 21 de mayo de 1996 se encontraba vinculada al Banco Caja Social y se trasladó del ISS a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., indicó que esa decisión no estuvo precedida por suficiente información por parte del fondo que la afilió y que desde su vinculación al RAIS el 21 de mayo de 1996 hasta el 31 de julio de 2018 cotizó un total de 1126 semanas en PORVENIR S.A., que cotizó al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes un total de 1423 semanas y que PORVENIR S.A. debió informarle antes del 28 de agosto de 2007 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima sin así realizarlo, que PORVENIR S.A. le informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$781.242 para el año 2018 y la mesada pensional en COLPENSIONES correspondería a \$1.506.047, situación que la llevó a elevar derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado, las cuales fueron resueltas de manera desfavorable.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.79 a 83), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 12, no constarle los demás y propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** contestó el introductorio (fls. 111 a 123), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 1 Y 10; no ser cierto el numeral 3,4 y 7, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia de

la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 159 a 165 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 11 y 12, no ser ciertos los numerales 3, 4, 7, 8, 9, 10 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 07 de febrero de 2020 (CD – fl. 214), **declaró** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS, **condenó** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, **condenó** a COLPENSIONES para que acepte el traslado de la demandante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, **condenó** en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Como **fundamentó de su decisión, trajo** a colación la Jurisprudencia que gira en torno al tema y que conforme al interrogatorio de parte absuelto por la actora, esta había indicado que en el año 1994 le habían pasado en una empresa los formularios de afiliación a PORVENIR, no obstante esa afiliación no registraba en el SIAFP solo registra el realizado en el año 1996 y está corresponde a la vinculación inicial, a la accionante no se le brindo ni para el año 1994 ni en el año 1996 la información clara, oportuna y completa, con relación al régimen pensional toda vez, que como se evidenció en los infolios la afiliación inicial se efectuó a Colmena hoy PROTECCIÓN, así mismo, señaló que es deber del régimen indicar a sus afiliados los requisitos necesarios para acceder a una mesada pensional, ventajas y desventajas, por lo cual no se acreditó que se cumpliera con el deber de información clara, oportuna y veraz que le correspondía al fondo de pensión,

y señaló que no se subsanó dicha falencia con relación a traslados entre el mismo RAIS, y que el hecho de que la accionante conociera que su pensión podía ser heredable en dicho régimen no quiere decir que ello implique que conociera las características propias del régimen, asimismo que la accionante suscribiera los dos formularios ello y con ello suficiente para decir que lo haya hecho bajo un consentimiento informado.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, al no configurarse los elementos para que se vicie el consentimiento para declarar la nulidad del traslado por lo que en esta instancia no se probaron actos dolosos por parte de la actora, como lo son error, fuerza y dolo por parte de los asesores, así mismo, señaló que no se logró acreditar que la accionante cumpliera con sus deberes y que el desconocimiento de los mismos no era excusa.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Colmena hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, en los términos precisados por el recurrente, pues cuando el estudio del asunto se aborda desde la ineficacia, al alegar el afiliado no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede

demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)*” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la “*prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es

necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora NANCY MARLEN RUIZ GUZMÁN el 21 de mayo de 1996 (fl. 124 y 125), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN afiliación que surtió efectos a partir del 1° de julio de 1996 (fl. 138 y 166), afiliándose posteriormente a HORIZONTE hoy PORVENIR el 10 de mayo de 2000 con efectos a partir del 1° de julio de 2000 (fl. 166), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 174), efectuando cotizaciones en éste régimen desde junio de 1996 a la fecha (fls.33 a 40, 132 a 133). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 11 de septiembre de 1987 al 31 de mayo de 1996 (CD fl. 84).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a Colmena hoy PROTECCIÓN obrante a folio 124 y 125 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una

proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a Colmena hoy PROTECCIÓN pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de Horizonte hoy PORVENIR, ésta no estaba obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó Colmena hoy PROTECCIÓN, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna con relación a la asesoría brindada, en la que ni siquiera PORVENIR allegó el formulario de afiliación del traslado realizado en el año 2000 conforme se extrae del SIAFP (fl. 166).

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos

del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. . Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional

el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** y se **ADICIONARÁ** a la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

COSTAS EN ESTA INSTANCIA a cargo de PORVENIR S.A, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

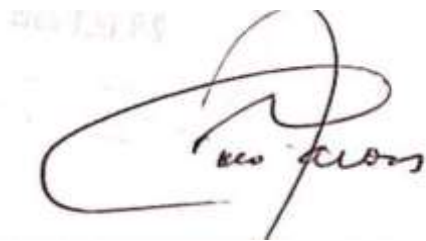
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** traslade a **COLPENSIONES** las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, conforme a lo aquí considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia 07 de febrero de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

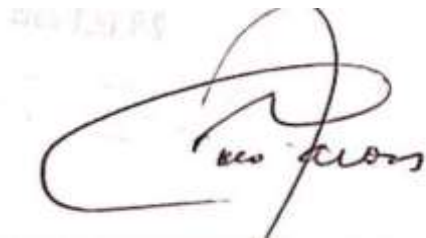


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JINETH BALLESTEROS SILVA -
contra – SEGURIDAD SUPERIOR LTDA**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **JINETH BALLESTEROS SILVA**, se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo el cual se prorrogó automáticamente, que dio inicio el 11 de febrero de 2011 hasta el 31 de agosto de 2015 y que está en la obligación legal de pagarle todas las prestaciones sociales e indemnizaciones emanadas de la relación laboral. Como consecuencia, se **condene** al reconocimiento y pago de reliquidación de cesantías, primas de servicio y aportes a pensión durante todo el tiempo de servicios teniendo en cuenta el salario fijo mensual más las comisiones equivalentes al 0.5%, asimismo, se **condene** al reconocimiento y pago de las diferencias salariales junto con las comisiones que no se cancelaron, se **condene** al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria, se condene bajo el uso de las facultades ultra y extra petita y a las costas procesales (fl. 12 a 14).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 11 y 117 a 118), señaló en síntesis, que fue vinculada mediante contrato a término indefinido a un año suscrito el 11 de febrero de 2011 sin hacerle entrega de un ejemplar y efectuándose las respectivas prorrogas y que el cargo correspondió al de Analista de Licitaciones, prestando sus servicios de forma continua e ininterrumpida y devengando como salario la suma de \$3.000.000 el cual incluía el 0.5% por concepto de comisiones sobre el valor de cada contrato adjudicado, no obstante acotó que pese que se había pactado unas comisiones solo recibió la suma equivalente a \$1.000.000 mensuales que le era consignado de forma directa a la cuenta bancaria y otro \$1.000.000 era consignado a un tercero **MARIA ANTONIA SILVA LÓPEZ** (madre de la demandante) mediante cuenta de cobro y por concepto de – pago rodamiento vehículo-, agregó que si las licitaciones superaban o no “un mil millones de pesos” se lo pagaban a través del tercero para que fuera cobrado mediante cheque, por lo que pese a que su salario promedio era de \$3.000.000 solamente le cancelaban la suma de \$1.000.000 y así le cancelaron sus prestaciones sociales, vacaciones, parafiscales, aportes a pensión y la liquidación de su contrato de trabajo, manifestó que en una última reunión de forma verbal le modificaron las condiciones con relación a las comisiones y que cuando estas superaran la suma de \$2.000.000 entonces el salario no podía ser mayor a un salario mínimo legal mensual vigente y que por ello se vio afectado su comisión con el contrato Corpoica y que en muchas oportunidades tenía que compartir las comisiones con sus compañeros así como con el Gerente de Licitaciones, agregó que la demandada adeuda por concepto de licitaciones el contrato con Corpoica, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bancamía, señaló que pese a que ha solicitado el pago de las comisiones ante la demandada, aunque le han dilatado la respuesta no le han negado la deuda.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SEGURIDAD SUPERIOR LTDA contestó el introductorio (fls. 135 a 152), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3, 8, 14 y 31, ser parcialmente ciertos el 1y27 y no ser ciertos los restantes.

Indicó en síntesis, que el contrato de trabajo inicial correspondió a término fijo a 5 meses suscrito el 22 de febrero de 2011 y que el mismo fue prorrogado hasta el 31 de agosto de 2015 cuando la demandante presentó renuncia voluntaria al cargo, pero que el cargo no fue el de analista de licitaciones sino de asistente de licitaciones en la que debía organizar propuestas comerciales y que el salario solo correspondió a la suma de \$1.000.000 que no se pactó comisiones habituales o permanentes constitutivas de salario y que en algunas veces disminuyó su ingreso por motivos de un embargo emitido por un juzgado, así como por un préstamo solicitado por la actora y negó de manera enfática que le haya hecho pagos a través de terceros (mamá de la demandante **MARIA ANTONIA SILVA LÓPEZ**) y que ellos manejaban muchos contratistas y que en el caso en particular, esta señora presentó cuentas de cobro con sumas variables y que a los contratistas se les paga en cheque así como por transferencia bancaria, agregó que sus prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y la liquidación de contrato se realizaron conforme al salario pactado y que siempre la empresa ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones obrero patronales.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas, ausencia de título para pedir, cobro de lo no debido, pago, renuncia voluntaria, configuración de la prescripción y aplicación del principio de la buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de septiembre de 2019 (CD – fl. 280), declaró que entre la demandante y la demandada SEGURIDAD SUPERIOR LTDA, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 11 de febrero de 2011 al 31 de agosto de 2015, **absolvió** a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la demandante y teniendo en cuenta las resulta del proceso se relevó del estudio de las excepciones propuestas y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación el artículo 127 CST y que para el caso de las comisiones le correspondía probar el supuesto de hecho quien las persigue, en el caso en particular a la demandante, por lo que una

vez analizado el acervo probatorio del contrato de trabajo se evidenciaba el pactó como salario \$1.000.000 lo cierto es que nada se pactó con relación a las comisiones, tampoco obra documento alguno que haga alusión a las mismas esto es el pago del 0.5% sobre el valor total de cada contrato adjudicado, si bien aparece certificación del día 15 de diciembre de 2014 expedida por la demandada en el que quedó consignado la demandante devengaba la suma de \$2.000.000 más un \$1.000.000 por concepto de comisiones aproximadamente, para esa juzgadora no constituía prueba que así se hubiese presentado durante toda la relación laboral o por lo menos durante el año 2.014, aunado al hecho que lo allí consignado no guardaba congruencia con los hechos de la demanda ni en el contrato de trabajo, lo que le hacía perder credibilidad con lo consignado en el referido documento, indicó adicionalmente que en el interrogatorio de parte de la representante legal no se había obtenido confesión alguna con relación al pago de comisiones y frente al testimonio de la señora BALLESTEROS DE SILVA, si bien se allegaron los extractos bancarios con consignaciones efectuadas por la demandada, la demandante no allego prueba que respaldara lo indicado en la demanda que esos pagos retribuyeran los servicios prestados por la demandada, adicionalmente no siempre las consignaciones fueron por el mismo valor y así lo afirmó en la demanda, con relación a los contratos de Corpoica, Bancamia y Min. Relaciones exteriores conforme a la documental allegada por la parte demandada no se extrae que la demandante en efecto haya participado en esos procesos licitatorios, por lo que no encontró prueba alguna que las comisiones se hayan pactado en los términos precisados en la demanda ni que las consignaciones realizadas a la señora MARIA ANTONIA SILVA remunerara los servicios prestados por la demandante, por lo que procedió absolver a la demandada.

Finalmente y con relación a la indemnización por despido sin justa causa, carga de la prueba que también se encontraba a cargo de la parte demandante, de la carta que milita en el expediente no aduce ninguna situación que debiera imputarse a la demandada, absolviendo adicionalmente de la indemnización moratoria solicitada.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que toda duda debe resolverse a favor del trabajador, en el caso puntual a la demandante, la empresa no anexó prueba para desvirtuar los hechos de la demanda, y la prueba esta con el certificado expedido y que no fue desconocido por la empresa, siempre afirmó la empresa que tenía un contrato de prestación de servicios con la mamá de la demandante, pero no lo probó en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si en el presente asunto la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por concepto de comisiones y como consecuencia a reliquidar lo correspondiente a Cesantías, Prima de Servicios y Aportes Pensionales.

Relación Laboral

No fue objeto de controversia en el presente asunto, la relación laboral de la demandante con SEGURIDAD SUPERIOR LTDA conforme se extrae del contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el **22 de febrero de 2011** (fls. 152 a 154) el cual finalizó por renuncia voluntaria presentada por la demandante el día **31 de agosto de 2015** (fl. 21-155); desempeñando el cargo Asistente de Licitaciones (fls. 155).

Comisiones

En este punto es importante precisar, que lo estipulado en el artículo 128 del CST¹, no permite bajo ninguna circunstancia que un pago que claramente es

¹ **"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad".

remunerativo, se le reste incidencia salarial, cuando su pago emana del servicio prestado por el trabajador y así lo ha sostenido nuestro máximo órgano de cierre “(...) *la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo (...)*” (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

De igual forma, el artículo 127 del CST, establece que salario es “(...) *todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...)*”, por lo que claramente no podrían las partes en el desarrollo del vínculo contractual laboral, a través de algún tipo de acuerdo verbal o escrito, contrariar la naturaleza de los emolumentos o disponer que dejen de ser salario algo que por esencia lo es.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de las comisiones, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1798 de 2018, precisó lo correspondiente a la connotación salarial que tienen las comisiones, trayendo a colación la sentencia SL 21941 y SL 22069 de 2004:

“(...) Es por lo anterior que el tema puntual en discusión se reduce a determinar si en perspectiva del ordenamiento jurídico existente tiene o no eficacia jurídica el acuerdo de voluntades dirigido a sustraer como pago constitutivo de salario y, por ende, a excluir del que sirve de base a la liquidación de prestaciones sociales, lo reconocido al trabajador por concepto de comisiones; pues de tal definición depende la prosperidad de los cargos”.

“En relación con el aludido tema debe la Sala recordar que en reiteradas oportunidades ha puntualizado, interpretando para ello lo que al efecto prevén los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la ley (sic) 50 de 1990, que carecen de eficacia los acuerdos inter - partes que desconozcan el carácter salarial a las comisiones; hermenéutica que viene delineando desde la sentencia del 29 de enero de 1997, radicación 8426, la cual se ha mantenido, entre otras, en las de octubre 28 de 1998, radicación, 10951, diciembre 10 de 1998, radicación 11310, febrero 19, octubre 1º y noviembre 14 de 2003, radicaciones 19475,

21129 y 20914, respectivamente. Y es así como en la primera de las providencias citada se expuso:

“(...) observa la Sala, por vía de doctrina, que con arreglo al artículo 127 del C.S. del T. las comisiones pactadas entre el empresario y el trabajador son factor de salario en su integridad, sin que sea dable escindir las en sumas que se otorgan como alojamiento y gastos de representación. Si las partes desean convenir estos últimos conceptos para que sean devengados por el empleado, lo pueden hacer en otra estipulación con las consecuencias que permite el artículo 15 de la ley (sic) 50 de 1990 (exclusión para efectos de prestaciones sociales), pero sin afectar la autonomía que revisten las comisiones, las que dada su naturaleza y previsión legal, siempre tienen una connotación salarial, por lo que un pacto en contrario sería ineficaz “.

“Lo anterior es más que suficiente para concluir que el Tribunal incurrió en los yerros jurídicos que se le endilgan en los cargos al distorsionar el genuino alcance que debe dársele a las disposiciones legales denunciadas, ya que, contrario a lo dispuesto en tales normativas, en la providencia impugnada se le dio plena validez y efectos legales al acuerdo suscrito por las partes, mediante el cual se le negó el carácter de salario a lo pagado al demandante por concepto de comisiones (...).”

(...)

*“(...) Luego, si como lo halló demostrado el propio juzgador, el pago realizado al accionante tenía todas las características **del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera**, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo (sic) frente a algunos auxilios o beneficios. Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.*

“De allí que no podía, sin trasgredirse la ley, darle validez al pacto o escrito por medio del cual se desfiguraba la naturaleza salarial de las comisiones, porque el artículo 43

del C. S. del T. prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley.

“Sobre el particular, es pertinente mencionar la sentencia proferida por esta Sala de la Corte, del 26 de abril de 2004, expediente número 21941, en la cual se reiteraron las de radicados 8426, 10951, 11310, 19475, 21129 y 20914 (...)

Así las cosas, se tiene que en el presente asunto, **la demandante aduce** en el libelo introductor que le salario devengado realmente correspondió a \$3.000.000 promedio el cual incluía el 0.5% por concepto de comisiones sobre el valor total de cada contrato adjudicado, del cual solo recibió la suma de \$1.000.000 de **manera directa** en su cuenta de ahorros personal y que los \$2.000.000 restantes se le pagaban a través de un “tercero”, más exactamente a través de la señora MARIA ANTONIA SILVA LOPEZ quien es su madre, por medio de cuentas de cobro y por concepto de *-pago de rodamiento de vehículo-* y que los **pagos de las comisiones**, correspondió a un acuerdo que no se encuentra consignado en el **contrato individual de trabajo** así como en ningún otro documento, situación que ratificó en **interrogatorio de parte**, indicando que esas condiciones se acordaron al momento de la suscripción del contrato individual de trabajo de forma verbal, en la que constantemente se cambiaban la política de las comisiones y que de las reuniones que se hacían nada quedaba por escrito o en su defecto, solo se quedaban con los soportes los directivos.

En ese orden ideas y una vez revisado el acuerdo de voluntades laboral suscrito por las partes y que milita a folios 152 a 154 del expediente, en la cláusula denominada **remuneración** nada se extrae con relación a un pacto por concepto de comisión, así como tampoco nada se logra extraer de los desprendibles de pago de nómina que fueron aportados por la demandada desde el 22 de febrero de 2011 hasta el 30 de agosto de 2015 (fls. 156 a 199) en la que no registra pago por concepto de comisiones, no obstante, en algunas **quincenas** si se efectuaron pagos de unos conceptos diferentes al salario básico \$500.000 (quincenal) \$1.000.000 (mensual), esto es, por concepto de *-auxilio de rodamiento-* por las siguientes sumas de dinero: para

el año 2014 i) noviembre \$666.050 y ii) diciembre \$333.025 y para el año 2015 así i) julio la suma de \$66.667 y ii) enero a junio y agosto la suma de \$500.000.

Por otro lado, la representante legal de la sociedad al momento de absolver interrogatorio de parte, precisó que a la demandante le pagaban la suma de \$1.000.000 más un auxilio de rodamiento por \$1.000.000 en la que se le pagaba alrededor de \$2.000.000, no obstante, aclaró, que no siempre se le cancelaba lo mismo ya que dependía de los rodamientos que efectuara.

Aceptó que se le cancelaban “unos devengos por esas comisiones adicionales a su salario ante las licitaciones con empresas públicas y privadas, no recordó cuanto se le cancelaba por ese concepto”, pero que jamás se pactaron unos porcentajes de comisiones en su cargo de **auxiliar de licitaciones** que se les pagaba era **unas bonificaciones ocasionales pero no unas comisiones como tal por el buen servicio o por desempeño**, indicó que a la señora Silva de Ballesteros se le pagaban unos dineros no para beneficiarla sino por unos servicios que esta prestaba.

Por su parte, la actora allegó un certificado laboral expedido por la demandada en el que dejó constancia de la labor prestada por la señora BALLESTEROS CEBALLOS, así: **“CERTIFICAMOS QUE: NOMBRE DEL TRABAJADO: JINENETH BALLESTEROS SILVA (...) FECHA DE INGRESO: 11 DE FEBRERO 2011. CARGO DESEMPEÑADO: ANALISTA DE LICITACIONES. TIPO DE CONTRATO: TERMINO FIJO. SALARIO BÁSICO: \$2.000.000. COMISIONES APROX: \$1.000.000. la presente certificación se expide a los Quince (15) días del mes de Diciembre del año 2014 (...). Atentamente, CESAR CADENA MUÑOZ Gerente de Licitaciones”** y en el que, si bien la representante legal adujo en interrogatorio de parte, que desconocía ese documento, ya que quien había expedido la certificación no contaba con esa facultad y que para ello estaba la Gerente de Talento Humano, lo cierto es que, acogiendo los argumentos de disenso expuestos por el recurrente con relación a la validez del mismo, esto es, que al no haberse desconocido o tachado en los momentos procesales oportunos, el mismo se tiene como plena prueba dentro del presente asunto.

Por lo anterior, resulta forzoso traer a colación lo precisado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias, con radicado 38666 del 30 abril de 2013 y SL17514-2017, en donde se señaló:

“(...) 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 (...).”

Así las cosas y conforme al acervo probatorio traído a colación en precedencia, se concluye que la demandante si recibió por parte de SEGURIDAD SUPERIOR, pagos adicionales a su salario básico, esto es contrario a lo señalado en la contestación de la demanda y diferentes a los emolumentos que afirmó la representante legal en su interrogatorio, con relación a los auxilios de rodamiento que dependía su pago “de la cantidad de rodamientos que efectuara la demandante” o bonificaciones por “un buen rendimiento y desempeño”, sino que materialmente correspondía a **comisiones** y que se cancelaban, -independientemente de la denominación que les diera la demandada- pues no puede pasarse por alto que la representante de la entidad también precisó, que con ocasión a las licitaciones que les adjudicaban empresas públicas y privadas se les reconocían unas comisiones.

Ahora bien, debe precisar la Sala que se llega a la anterior conclusión, sin darle valor probatorio a la situación fáctica planteada en el libelo introductor, con relación al “tercero” que sirvió como instrumento para el pago de las

comisiones, esto es, la señora MARIA ANTONIA SILVA y progenitora de la aquí demandante, también deponente en el caso *sub examine*, quien manifestó que su hija-demandante- le pidió para marzo o abril del año 2011 realizara apertura de cuenta y que allí le consignaba la empresa un dinero para su hija, dado que ella (deponente) no tuvo vínculo alguno con la demandada y que eran consignaciones por \$500.000 y otras por \$200.000 y que ese depósito se realizó por un año. Aportándose, adicionalmente, extractos bancarios de MARIA ANTONIA SILVA a folios 31 a 55 del expediente desde enero de 2011 hasta diciembre de 2015 -Banco de Bogotá-, en el que si bien se observa transferencias bancarias por parte de la aquí demandada e independientemente que no se haya allegado el contrato de prestación de servicios entre MARIA ANTONIA SILVA y SEGURIDAD SUPERIOR LTDA, tal y como lo reprocha el recurrente en el recurso de alzada, lo cierto es que en nada prueba que estos depósitos se hayan realizado en reconocimiento por la contraprestación personal del servicio de la demandante a favor de la demandada, aunado al hecho que no solo se evidencia depósitos por \$500.000-tal y como se afirmó en la demanda- sino por sumas superiores e inferiores; asimismo de los depósitos allegados existen consignaciones que se efectuaron por más de un año, por lo que no guarda congruencia con lo manifestado en su declaración.

No obstante lo anterior y pese a encontrarse acreditado lo correspondiente al pago de comisiones en los términos acotados en precedencia, lo cierto es que la demandante no acreditó que en efecto se le pagara el 0.5% por cada contrato adjudicado, pues si bien indicó que su **promedio salarial** era de \$3.000.000 de los cuales \$2.000.000 era aproximadamente por este emolumento y en la que refirió que las políticas con relación a las comisiones fluctuaban por Ley y por directrices del personal directivo de la compañía, lo cierto es que ni siquiera la señora JNNETH BALLESTEROS SILVA, **tenía claro lo realmente devengado por este concepto**, siendo su deber procesal relacionar y probar de forma inequívoca y puntual cuantos contratos por su labor o gestión fueron adjudicados a la compañía, el valor de cada uno y como le reconocieron ese 0.5%, pues si bien indicó en el interrogatorio de parte, *-que con los contratos adjudicados por más de mil millones de pesos le pagaban las comisiones durante la vigencia ese contrato, pero si por el contrario, el valor del contrato era por menos de mil millones se lo pagaban de una vez-*, lo cierto es que, omitió

relacionar la forma en que le pagaron las comisiones de cada contrato y de los que pretendía se realizara la reliquidación de cesantías, primas de servicios y pensiones, pues debe precisarse que si bien el Juez Laboral tiene amplias facultades para formarse el libre convencimiento a través de la sana crítica, no lo es menos que tales atribuciones no llegan hasta el punto que de manera arbitraria, de por demostrados hechos y circunstancias que requieren una comprobación fehaciente, ni mucho menos suplir la carga de la prueba en aspectos tan determinantes como el valor inequívoco de cada una de las comisiones que se pagaron y con ello con cifras exactas haber adelantado el estudio de la reliquidación pretendida, pues si bien la certificación se consigna que las comisiones ascendían **aproximadamente** a la suma de \$1.000.000, lo cierto es que no se indica durante que periodo se hacía mención y contradice de manera fehaciente lo afirmado por la actora en el libelo introductor.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se CONFIRMARÁ la decisión impartida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá.

C O S T A S

Costas en esta instancia a cargo de JINNETH BALLESTEROS SILVA de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

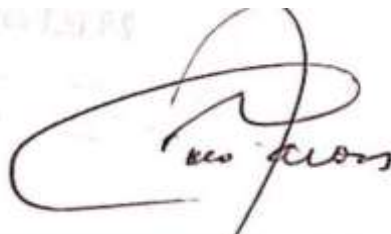
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

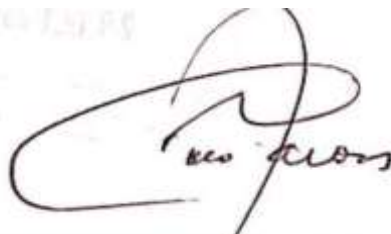


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JINNETH BALLESTEROS SILVA, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – ANATOLIO FLOREZ CEPEDA -
contra –MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **ANATOLIO FLOREZ CEPEDA**, se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO al trabajar de manera ininterrumpida en calidad de trabajador y administrador de las fincas Oasis, San Luis, Tunes y Marruecos ejecutando labores de cuidado y alimentación de los semovientes y otros animales de las fincas, traslado de cercas entre otros, bajo las ordenes de la demandada desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2017 fecha en que se dio por terminado el contrato sin justa causa, que se **declare** que recibió como ultima contraprestación de la labor desempeñada la suma de \$953.261 más el auxilio de transporte \$83.140. Como consecuencia, se **condene** al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones, pensión de todo el tiempo laborado, así como la indemnización moratoria y la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, salarios dejados de percibir desde febrero de 2018 hasta el 4 de marzo de 2017, se **condene** bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fld. 39 a 40)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 22 a 23), señaló en síntesis, que empezó a laborar a partir del 1 de febrero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2017, ejecutándolas labores encomendadas, de forma subordinada y sin interrupción recibiendo como último salario básico mensual la suma de \$953.261, realizando labores como trabajador y administrador en las fincas Oasis, San Luis, Tunes, Marruecos y que las labores que realizaba eran las de ordeño, cuidado y alimentación de semovientes, correr cercas de alambre, hacer aseo de las fincas entre otros, iniciando labores desde las 5 am hasta la tarde o noche en muchas ocasiones que nunca recibió llamados de atención y que por el contrario siempre lo felicitaban, agregó que la demandada en aras de ocultar la verdadera relación laboral le hizo firmar un contrato de arrendamiento posteriormente le hizo firmar un contrato de prestación de servicios y adicionalmente el día 7 de marzo de 2017 le hizo firmar una constancia de pago y transacción, haciéndolo suscribir tres documentos diferentes en aras de engañar sus verdaderos derechos, agregó que la demandada de forma unilateral y sin justa causa dio por terminado el contrato laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO – contestó el introductorio (fls. 48 a 70), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos no aceptó ninguno. **Señaló en síntesis**, que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios para los servicios de administración y cuidados de las fincas El Oasis, San Luis y Marruecos que son de su propiedad desde el 1 de febrero de 2008, rechazando en su totalidad cualquier pretensión de índole laboral, rechazó la cancelación de salarios, que si bien se acordó la realización de algunas actividades estas no era propiamente un acto de subordinación, aunado al hecho que no existía un horario para realizarlas y sin que tuviera que estarle dando instrucciones ya que las labores las realizaba de manera autónoma e independiente, en la que adicionalmente se le entregaron animales para que los criara en las fincas sin solicitarle ningún tipo de contribución por alimentos y complementos que se le daban, agregó que si bien se suscribió un contrato de arriendo desde el 1 de febrero de 2008 nunca pagó arriendo, ni servicio de agua, fue una ayuda para demostrar ante el sisben y con relación al acuerdo que suscribieron lo

hicieron para cerrar cualquier asunto ante la prestación personal de servicios y que este se suscribió sin ningún tipo de presión y finalmente indicó que no hubo terminación unilateral, sino por el contrario hubo una terminación de común acuerdo. **Propuso como excepciones de fondo** las denominadas inexistencia de causa, lo cual conduce a un fallo absolutorio en favor de mi defendido, inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones y responsabilidades a la demandada, inexistencia del derecho pretendido, cobro de lo no pedido, prescripción, compensación, buena fe, desconocimiento de los actos propios y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 08 de agosto de 2019 (CD – fl. 79), **Declaró** que entre las partes existió contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de febrero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2017, **Condenó** a la demandada a pagar al demandante (i) salarios insolutos \$1.080.362, (ii) \$5.800.000 por cesantías, (iii) \$638.045 por intereses a las cesantías, (iv) \$2.068.823 por prima de servicios, (v) \$1.429.891 por compensación en dinero de vacaciones, (vi) \$24.228.000 por indemnización moratoria de no consignación de cesantías 2014- 2017, (vii) \$22.878.264 por indemnización moratoria del 5 de marzo de 2017 al 5 marzo de 2019, a partir del 6 de marzo se pagaran intereses moratorios sobre el capital \$9.587.640 y hasta que se verifique el pago de prestaciones y salarios, autorizó a descontar de las condenas el valor de \$9.000.000, (viii) **Ordenó** cancelar el cálculo actuarial en favor del demandante del 01 de febrero de 2008 al 04 de marzo de 2017 teniendo como IBC el SMLMV para el 2008 y 2009, \$673.000 de 2010 a 2016 y \$953.271 por 2017, ese cálculo se cancelara a Colpensiones teniendo en cuenta que por defecto es la entidad que debe recibirlo o si al momento de ejecutar la sentencia el demandado está afiliado a otra entidad deberá ser a la que se encuentre afiliado, (ix) **Declaró** parcialmente probada la excepción de prescripción desde el 4 de marzo de 2014 excepto para cesantías y aportes al sistema de seguridad social a pensión, parcial la de transacción descontados el descuento mencionado, **Absolvió** a la demandada de las restantes pretensiones de la demanda y **Condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, indicando que accedía parcialmente a las pretensiones, bajo el principio de la realidad sobre las formas, esto es que si las partes suscribían un documento pero que en realidad se constataba la existencia de un contrato de trabajo, la formalidad era inexistente y esos documentos no tenían la virtud de demostrar situaciones que le favorecieran a los empleadores, por lo que en el presente asunto se había demostrado formalmente la existencia de un contrato de trabajo teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios contenían cláusulas como un trabajador de campo en la que claramente el actor no era un contratista, aunado a la redacción del mismo y atendiendo el grado de escolaridad del demandante, demostraba la mala fe de la demandada, así como el pacto de exclusividad al no permitirle prestar sus servicios en otras fincas, por lo que consideró que claramente el administrador de una finca no era un contratista al realizar adicionalmente el aseo a los predios, ordeñar todos los días, eso solo lo hacía un trabajador.

Precisando entonces, que demostrada la prestación del servicio dentro del interregno pretendido, la demandada no había derruido la presunción de la subordinación, por el contrario, si bien indicó el demandante adelantaba las labores cuando lo considerara, lo cierto es que los equipos del actor no eran de sus propiedad pues no los llevaba a las fincas, junto con lo manifestado por uno de los testigos que el actual administrador estaba vinculado mediante contrato de trabajo, por lo que procedió a declarar la existencia de una contrato de trabajo entre el 01 de febrero de 2008 al 4 de marzo de 2017, condenando la demandada al pago por concepto de salarios insolutos y condenó al pago de las cesantías y aportes a pensión acotando que no se veían afectados por el fenómenos de la prescripción, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones estando prescritas las causadas con anterioridad al 04 de marzo de 2014, condenó a la sanción moratoria (Art 99- Ley 50 de 1990) y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST al no haber operado buena fe, declaró parcialmente probadas las excepciones prescripción, transacción y compensación ordenando imputar la suma de \$9.000.000 que fueron recibidos por el demandante y que deberán deducirse al momento de efectuar al pago de los emolumentos de las condenas impuestas en sentencia y absolvió de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDADA interpuso recurso de apelación, ratificándose en la manifestado en la contestación de la demanda, así como sus manifestaciones realizadas ante el estrado junto con los testimonios, sin que se atendiera en el presente asunto, la autonomía de la voluntad con la que gozaba el demandante, dándose por sentado una mala fe durante toda la relación contractual así como el haber aducido el uso maniobras engañosas, cuando el demandante siempre aceptó esas condiciones en el momento en que decidió prestar sus servicios y durante el todo el término de la relación contractual el que le había manifestado no poder ser afiliado a la seguridad social, aceptando la suscripción del contrato de prestación de prestación de servicios durante los 9 años sin hacer reclamos por primas, vacaciones y cesantías, ni siquiera manifestó su inconformidad al momento de darse por terminado el vínculo y recibir sin ningún reparo una suma de dinero y después es que presenta la demanda advirtiendo vulneración de derechos y aduciendo que los desconocía, por lo que se opuso al reconocimiento y existencia de un contrato de trabajo junto con el pago de prestaciones sociales y sanciones moratorias, igualmente se opuso al pago del cálculo actuarial que debía pagar ante el fondo respectivo por el no pago de la pensiones al demandante.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por ésta y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Asimismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral, determinar si hay lugar el reconocimiento de las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los pagos al sistema de seguridad social en pensión.

Existencia de la relación laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, teniendo en cuenta que así lo aceptó la **demandada al absolver interrogatorio de parte** indicando que en febrero de 2008 el demandante llegó a vivir y a prestar sus servicios en la finca El Oasis cuidando los enceres, maquinaria y herramientas, realizar el ordeño, correr las cercas, alimentar a los becerros, limpiar el estiércol, realizar mantenimiento de cercas, colaborar con las labores de vacuna del ganado, siembra de árboles y cuidado, mantener los alrededores de la casa en perfecto estado, cuidado de animales, labores que también desarrolló en las fincas San Luis, Tunes y Marruecos ubicados en unos potreros en la Calera en las veredas de la Toma y San José. Así como el **Testigo Carlos Mora Molano**, quien manifestó haberse casado con la hija de la demandada y que vivían en la finca El Oasis desde hace 8 años y quien manifestó constarle las funciones que realizaba el actor. De igual forma, ratifica las actividades desarrolladas por el actor a favor de la demandada, el **contrato de prestación de servicios** allegado al infolio por las partes (fls. 15 a 16 y 72 a 73) junto con la **constancia de pago y transacción** en la que se consignaron entre otros los extremos de la relación contractual así como la prestación de servicios ostentando la calidad de administrador y cuidador de las fincas El Oasis, San Luis, Tunes y Marruecos (fls. 17 a 18). Cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios o de otro tipo de contratación civil o comercial es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador es a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, adujo que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: “*quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada*”, estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

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.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las **pruebas** aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si el actor actuaba con total autonomía técnica y directiva, en los términos precisados en sus argumentos de disenso la demandada.

Como **pruebas documentales**, se allegaron lo siguientes:

- **Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2010** (fls. 15 a 16 y 72 a 73), la señora **MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO** en calidad de **contratante** y el **demandante**

en calidad de **contratista**, en el que se pactó entre otros, que el demandante en forma independiente, autónoma se obligaba a favor de la demandada prestando los servicios de ADMINISTRACIÓN en las Fincas El Oasis, San Luis, Tunes y Marruecos, labor que comprendía las siguientes responsabilidades: “(...) (i) *Velar por el cuidado de los enseres (maquinarias, herramientas, suministros e instalaciones) y animales que se le asignen a su cargo;* (ii) *Realizar el ordeño, hacer os registros de producción, hacer la respectiva entrega de la leche, realizar el aseo y mantenimiento de los equipos de ordeño y las instalaciones dos veces al día;* (iii) *Correr la cuerda eléctrica de pastoreo tres veces a al día para el ganado de ordeño y una vez al día para el ganado de horro;* (iv) *Alimentar los becerros que están en lactancia dos veces al día;* (v) *Esparcir el Estiércol y guadañar la zoca cuando el ganado salga de cada sección de potrero;* (vi) *Realizar el mantenimiento de cercas y abrevaderos (incluyendo el lavado de los tanques);* (vii) *Colaborar en las labores asociadas al manejo del ganado con vacunaciones, inyecciones, curaciones, traslado de potreros, etc;* (viii) *Colaborar cuando sea necesario en oras actividades relacionadas con el mantenimiento de la finca como: siembra de árboles y su cuidado;* (ix) *Mantener los alrededores de la casa y el apartamento en perfecto orden y aseo (incluye mantenimiento de prados y jardines);* (x) *Organizar y mantener una huerta casera en beneficio de los propietarios y del trabajador;* (xi) *Cuidado de otras especies menores como: cabras, ovejas, cerdos, pollos y perros que se asignen bajo su responsabilidad (...)*” . De igual forma, se pactaron como **obligaciones a cargo del demandante**, prestar los servicios en la forma que le indicara la demandada y no realizar actividades fuera de la finca conforme al objeto del contrato, **honorarios** que se pagaban de forma **quincenal**, **duración de un año** prorrogable mediante **otrosí**.

Por su parte la **demandada MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO**, indicó en **interrogatorio de parte**, que las funciones las realizaba el demandante en las fincas El Oasis, Tunes y Marruecos ubicadas en unos potreros en La Calera en la vereda de la Toma y vereda San José, que las labores de cuidado de enceres, maquinaria y herramientas, ordeño, correr las cercas, alimentar a los becerros, limpieza de estiércol, realizar mantenimiento de cercas,

colaborar con las labores de vacuna del ganado, siembra de árboles junto con su cuidado, mantener los alrededores de la casa en perfecto estado, organizar y estar al pendiente de huerta casera en beneficio del propietario y de él (demandante) y el cuidado de los animales, las ejercía en los momentos en lo que quisiera el demandante al ser su contrato voluntario y que lo único que tenía realizar de manera fija y diaria era ordeñar las vacas y darle de comer a los becerros, no obstante aclaró que podía llegar a la hora que quisiera a realizar esa labor y que las demás actividades podía realizarlas en cualquier momento sin tener un horario establecido, agregó que para febrero de 2008 el demandante vivió en la Finca El Oasis llegando a vivir con sus familiares y que la mayoría de tiempo permanecía en esa finca, que se beneficiaban de todo, consumiendo la leche que querían, con relación al cuidado de las especies menores como pollos y perros fue esporádico, entre 2 o 4 meses que estuvo una cabra, otro tiempo las ovejas, beneficios de los que se lucró también el actor, pero que principalmente las funciones eran con relacionadas con el ganado, que el demandante vivió en el Oasis con el esposo de su hija y su hija, por ello nadie le contralaba el horario y que al conocer sus responsabilidades sabía que hacer aunado al hecho de tener amplia experiencia en el campo, era una persona honorable, honrada y sincera.

Acotó que las herramientas que utilizaba para el desarrollo de sus funciones era una máquina de ordeño mecánica propiedad de las fincas y lo que hacía el demandante era colocarlas para ordeñarla y después hacía labores de entrega de la leche y el aseo correspondiente a cada uno de sus equipos, cantinas, baldes, que desconocía en que tiempo desarrollaba las actividades que se le encomendaron, teniendo en cuenta que nunca le contabilizó el tiempo. No recordó cuanto le pagó en cada anualidad, pero que la periodicidad era quincenal y otra cantidad de dinero se le guardaba para entregársela a fin de año, al conocer el actor que no tenía lugar a reconocimiento de prestaciones ella realizaba lo que él le ordenaba, que realizaron un contrato de arrendamiento por un favor que el actor le había solicitado para no perder unos subsidios que le otorgaban en la alcaldía y el sisben pero que nunca le cobró este rubro, con relación a la exclusividad que pactaron en el contrato de prestación de servicios había obedecido a que

a eso se habían comprometido.

De igual forma, **el demandante también absolvió interrogatorio de parte**, manifestando haber vivido en la finca el oasis con su esposa y cinco hijos y cuatro nietos, que las labores las realizaba en la finca y que esporádicamente le ayudaban sus hijos ya todos mayores de edad, que ordeñaba como 28 vacas y después como 20, que quienes le impartían ordenes eran sus patronos, aceptó haber suscrito un contrato de prestación de servicios pero que no sabía de qué se trataba pero que lo suscribió porque confiaba en la demandada y que jamás presentó ningún tipo de observación o queja del documento que había suscrito o por lo que le pagaban.

Asimismo, se allegó el testimonio del señor **CARLOS MORA MOLANO**, quien afirmó conocer al demandante desde que se había casado con la hija de la demandada y que vivían en la finca El Oasis desde hace 8 años **y que las labores las adelantaba cuando el demandante quería ya que tenían un contrato por prestación de servicios** al ser una persona que tiene mucha experiencia y toda la vida trabajó en eso y que las labores de ordeño las realizaba en las mañana o en la tarde y que para realizar esa labor utilizaba la máquina de la finca, que adicionalmente realizaba labores de correr las cuerdas del ganado que eso la hacía cada 2 o 3 días dependiendo el potrero para dar de comer al ganado, a veces arreglaba cercas, hacía la limpieza y que esas eran las principales labores que realizaba dentro de la finca, desconoció los valores que le cancelaba la demandada al demandante y que eso estaba en el contrato, agregó que sabía que habían pactado un contrato de prestación de servicios ya que el demandante era beneficiario de unos beneficios del sisben y no los querían perder y por ello no realizaron un contrato laboral y la relación con el demandante siempre fue muy buena y que nunca reclamó pago de emolumento laboral alguno y que el actor no tenía impedimento alguno con relación a entrar y salir de la finca a la hora que quisiera.

Finalmente, el testigo **GEINNER PALLARES**, manifestó haber llegado a la finca El Oasis el 4 de marzo de 2017 y que desde esa fecha empezó a ejercer

el cargo de Administrador mediante contrato de trabajo que había suscrito con la aquí demandada y que dentro de sus funciones estaba la de ordeñar y cuidar el ganado y que conoció el demandante al momento en el momento en que fue contratado y que el actor estaba vinculado mediante contrato por prestación de servicios y que normalmente sus labores (deponente) iniciaban a las 4 am o 5 am y se iba para la casa a las 4 pm.

Del análisis en conjunto de los medios probatorios relacionados en precedencia, encuentra la Sala que la relación que unió a las partes, estuvo regida por un contrato de trabajo, toda vez que el demandante no pudo ejercer su función como –administrador y cuidador de fincas- de manera autónoma e independiente en los términos precisados en el recurso de alzada, pues el desarrollo de su actividad necesariamente, dependía de las instrucciones impartidas por la señora MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO, tan es así, que mediante contrato de prestación de servicios le señaló de manera específica e inequívoca todas y cada una de las actividades que tenía que desarrollar en su calidad de contratista, pero más que ello y compartiendo los argumentos expuestos por el *a quo* correspondió a un **trabajador de una finca** en el que atendía diferentes actividades tales como los cuidados tanto generales y específicos de los animales que se encontraban en los bienes inmuebles, hasta el aseo del predio donde habitaba debía realizarlo, sin que el hecho de que no haya reclamado durante los más de 9 años de vínculo contractual haya legalizado el falaz vínculo civil que unió a las partes durante tantos años tal y como lo hace ver el recurrente en sus motivos de disenso.

Asimismo, debe precisarse, que el demandante vivía en una de las fincas donde prestaba sus labores a la demandada – El Oasis-, sin que la demandada le cobrara ningún canon de arrendamiento y así lo confesó la señora MARIA SILVA al momento de absolver interrogatorio de parte, cuando de manera inequívoca, asentó la suscripción de este acuerdo de voluntades, en el que había correspondido a un favor para que el demandante no perdiera unos subsidios que recibía de la alcaldía y por el sisben, aunado al hecho que podía disponer de los alimentos de la huerta y

de la leche que ordeñaba del ganado, conductas claramente que no corresponden a potestades con las que cuenten los contratistas.

De igual forma el uso de máquina de ordeño junto con las demás herramientas suministradas para desarrollar las labores y que son propiedad de la demandada pues así lo manifestó también la señora SILVA DE BEJERANO junto con el deponente Carlos Mora, por lo que dichas situaciones en lo absoluto se acompasa con un contrato civil, independiente con la frecuencia con que realizara las labores allí pactadas, esto es, 1 o 2 veces a la semana o cada seis meses, lo cierto es que fueron debidamente pactadas y las atendía de manera subordinada el demandante, aunado al hecho a la cláusula de exclusividad que se consignó en el contrato de prestación de servicios, situación propia de un contrato de trabajo y que se acompasa con lo manifestado por el testigo Cesar Mora cuando indicó que no habían suscrito un contrato laboral con el demandante, para que este no perdiera los beneficios que este obtenía del Sisben, por lo que claramente la demandada conocía desde el inicio el vínculo real que la unía con demandante desde febrero de 2008.

Ratifica lo anterior, lo relacionado con la jornada laboral, pues si bien la demandada indicó que el demandante contaba con la facultad de desarrollar las actividades en cualquier tiempo y en la que no tenía un horario establecido y que no había quien ejerciera una supervisión del tiempo y labores que desarrollaba al no vivir con ella, sino con su hija y yerno; agregando adicionalmente el testigo Carlos Mora, que el actor entraba y salía de la finca sin tener que pedir permiso alguno para ello, lo cierto es que, el testigo Geinner Pallares que fue contratado un mes antes para ejercer las mismas labores del actor, esto es, era el nuevo administrador de la finca y que fue contratado para llevar a cabo las labores que dejaba de prestar el demandante desde el 31 de marzo de 2017, indicó que la jornada de trabajo iniciaba a las 4 am o 5am y podía retirarse a descansar a las 4 pm, concluyendo la Sala que las labores que le fueron encomendadas al actor, indiscutiblemente le tomaban todo el día y correspondían a una clara jornada laboral.

Nótese entonces, que lo pretendido por la demandada era esconder la

verdadera relación laboral que ató a las aquí partes, pues claramente las actividades consignadas en el mencionado contrato, no podían gestionarse de manera autónoma e independiente y por el contrario requerían de una constante subordinación, por lo que concluye la Sala que la demandada no logró desvirtuar lo correspondiente a la subordinación y habrá que confirmarse la decisión frente a este tópico, así como el pago de prestaciones sociales impartida por el Juez de Instancia, al no haberse acreditado cancelación alguna de este emolumentos de orden laboral con carácter ciertos e indiscutibles.

De los aportes al sistema de seguridad social integral -Pensión –.

Recorre la demandada la condena con relación al cálculo actuarial junto con el pago de los aportes pensionales durante la vigencia de la relación laboral, por lo que debe precisar la Sala que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, por lo que al haberse encontrado acreditado el vínculo laboral entre las aquí partes, era obligación de ésta la afiliación de la ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado a la demandante a un fondo de pensiones por parte de la demandada, forzoso resulta condenarla en los términos precisados por el *a quo*.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

Finalmente recorre la demandada las condenas impartidas con relación a estas dos indemnizaciones, en la que debe traerse a colación, el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con relación a este rubro, que tiene su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria

y que su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, quedó en evidencia que la demandada quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las partes, haciendo creer que se trató de un contrato de prestación de servicios y posteriormente realizar una constancia de pago y transacción y con ello evitar reclamaciones a futuro de lo que legalmente le correspondía al demandante, cuando claramente la labor ejercida por el actor estuvo regida por un contrato de carácter laboral, pues así se demostró en el presente asunto, al no haber desvirtuado la subordinación que tenía a su cargo, lo cual conlleva a la imposición de las sanciones solicitadas en libelo introductor y de las que condenó a su pago el *a quo*.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO

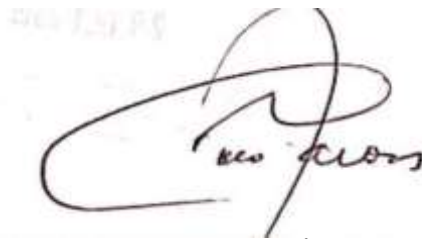
**JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR
AUTORIDAD DE LA LEY.**

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de MARIA LUISA SILVA DE BEJARANO, la suma de \$900.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTA CECILIA TAPIA CAICEDO
contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
- PORVENIR S.A.-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y -
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARTA CECILIA TAPIA CAICEDO**, se **declare** la ineficacia del traslado del RAIS hacia COLFONDOS S.A., al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas, incumpliendo con su deber del buen consejo, que se **declare** que tiene derecho al régimen de transición. Como consecuencia, se **condene** a COLFONDOS S.S. a la ineficacia de traslado y se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez conforme al régimen de

transición junto con el retroactivo desde el 1 de agosto de 2012 hasta el momento que se efectúe el pago y se **condene** en costas y en agencias en derecho a las demandadas. (fls.4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló en síntesis, que se afilió al ISS el 8 de junio de 1987, aportando al sistema un total de 1269 semanas, agregó que para el 1 de abril de 1994 se encontraba afiliada al ISS y que para el 19 de diciembre de 1995 se afilió a COLFONDOS, sin que se le informara el valor de su mesada pensional, así como tampoco realizarle una proyección y que el único argumento utilizado por los asesores era el que el ISS se iba acabar y que a cualquier edad se podía pensionar, sin informarle las desventajas del traslado al RAIS ni mucho menos informarle que con el traslado perdería los beneficios del régimen de transición, agregó que actualmente se encuentra afiliada a COLPENSIONES y que mediante resolución GNR 60395 del 28 de febrero de 2015 le reconoció pensión de vejez, por lo que se presentó los recursos de Ley para que se reconociera bajo el régimen de transición y le aplicaran una tasa de reemplazo del 90%, acotó que mediante acto administrativo GNR 215071 del 19 de julio de 2016 se reliquidó la pensión de vejez reconociendo la prestación a partir del 1 de agosto de 2012 sin el estatus de beneficiaria del régimen de transición bajo el argumento de haber efectuado traslado a COLFONDOS y que por tal motivo, el 25 de mayo de 2016 solicitó ante la entidad la invalidación de la afiliación, la cual no le fue resuelta de forma favorable.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS **contestó** la demanda (fls. 128 a 164), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 13 y 19, no

ser ciertos los numerales 4 a 11, 17 y 20 y no constarle los restantes y propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, innominada o genérica, compensación y pago, prescripción, enriquecimiento sin causa y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 177 a 184), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 3 a 4, 13 a 16 y no constarle los restantes y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e innominada o genérica.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 319 a 326.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos no aceptó el contenido en el numeral 18 y no constarles los restantes; propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo e innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo .

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de enero de 2020 (CD – fl. 403), **absolvió** a COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, **declaró probada** la excepción de inexistencia del derecho reclamado por

COLPENSIONES y las demás propuestas por los fondos demandados y **condenó** en costas a la demandante.

Como **fundamentó su decisión**, señaló que la demandante en el presente asunto para el momento en que se trasladó al RAIS contaba con 38 años de edad y que mediante una acción de tutela con decisión de marzo de 2013 le tutelaron los derechos fundamentales a la seguridad social, retornó del RAIS al RPMPD en el año 2012 cuando contaba con la edad de 55 años, por lo que una vez efectuado el traslado COLPENSIONES procedió a reconocer la pensión de vejez y posteriormente a reliquidarla bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, sin aplicarse le régimen de transición ni lo dispuesto por el juez de tutela que había ordenado su reconocimiento bajo los lineamientos del Decreto 758 de 1990 teniendo como referente la sentencia C1024 de 2004 en la que precisó que si bien la actora contaba con la edad no contaba con los 15 o más años de servicios al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que conforme al caso en concreto lo pretendido por la actora es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado para recuperar el régimen de transición y reliquidar la pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, concluyendo que la actora no había sostenida la prerrogativa, toda vez que al 22 de julio de 2005 contaba con 675 semanas por lo que lo solicitado no resultaba procedente aplicar el régimen de transición. Acto seguido y con relación a la ineficacia pretendida, la demandante ya se encontraba afiliada al RPMPD, por lo que procedió a negar las pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que debía ordenarse la reliquidación de la mesada pensional conforme al acuerdo 049 de 1990 con una tasa de reemplazo del 90%, ya que el estatus de pensionada lo había adquirido a través de una acción constitucional que ordenó el traslado

al RPMPD sin que en la resolución se tuviera en cuenta el régimen de transición ya que no cumplía con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, indicando que había dado inicio a sus cotizaciones de manera ininterrumpida desde el 8 de junio de 1987 hasta 2005, por lo que claramente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no cumplía con el requisito de los 15 años de servicio y en los términos estipulados en esa sentencia, no podía recuperar el régimen de transición al haber efectuado el traslado de régimen, por ello en el marco del presente asunto era lograr la declaratoria de la ineficacia del RPM al RAIS ya que al no haber existido el traslado, no se debían aplicar las reglas contenidas por el máximo órgano constitucional y debían aplicarse las reglas para acceder al régimen de transición, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad, para junio de 2005 contaba con 900 semanas de cotización, y cumplió los requisitos para el año 2012 para acceder a la pensión bajo el acuerdo 049 de 1990, **indicando de manera taxativa que difería únicamente en un punto del fallo y era con lo relativo a la cuantificación de las semanas que a julio de 2005 tenía cotizadas y que por ello era beneficiaria del régimen de transición.**

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, a pesar de haberse traslado de régimen y retornar finalmente al de prima media con prestación definida, y en caso afirmativo, verificar si resulta procedente reliquidar la pensión de vejez, en los términos solicitados en el petitum de la demanda.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARTA CECILIA TAPIA CAICEDO, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 60395 del 28 de febrero de 2015 (fl. 47 a 53 y CD-fl. 297), mediante la cual COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en el que arrojó como IBL en la suma de \$7.349.420 en el que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente a 59.80% en cuantía de \$4.394.953 a partir del 1° de marzo de 2015 y modificada la fecha de efectividad -1 de agosto de 2012- mediante acto administrativo GNR 215071 de 19 de julio de 2016 en cumplimiento al fallo judicial proferido dentro del proceso 110013105029201500164 00 (cuaderno No. 2 fls. 1 a 194 y fls. 60 a 64 y CD fl. 297).

Ineficacia del traslado de régimen

De igual forma debe precisarse, que no es materia de controversia en el presente asunto lo referente a la ineficacia de régimen de transición que pretendió la actora en el libelo introductor, en primer lugar, porque el *a quo* consideró que no abordaba su estudio, teniendo en cuenta que todos los emolumentos que en algún momento habían estado en el RAIS ya se encontraba en el RPMPD y de la cual ya tenía reconocida una pensión vitalicia de vejez, recurriendo la demandante únicamente lo relativo al cómputo de semanas con el que contaba a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y que contrario a lo considerado por el *a quo* no contaba con 650 semanas, sino con 900 semanas en total para dicha data y por ello era beneficiaria del régimen de transición.

Conservación del Régimen de Transición - Reliquidación Pensión de Vejez.

Precisado lo anterior, se tiene entonces, que mediante Resolución GNR 60395 del 28 de febrero de 2015 COLPENSIONES consideró que la actora contaba con un total de 1.269 semanas cotizadas y que contaba con 58 años de edad, trayendo a colación el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en la que señaló que no sería aplicable la prerrogativa a las personas que seleccionaran el RAIS y retornaran al RPMPD indicando puntualmente “(...) *se evidencia traslado por parte de la señora (...) a CITICOLFONDOS AFP desde diciembre 19 de 1995 y solicitó traslado a COLPENSIONES desde el 01 de mayo de 2012 (...) para recuperar el régimen de transición (...) no solo exigía cumplir con el requisito de 15 años de servicio (...) se procede a verificar la historia laboral de la señora TAPIA CAICEDO MARTHA CECILIA, el cual para el 1 de abril de 1994, cuenta con solo 6 años 5 meses y 2 días (...) no es beneficiaria del régimen de transición (...)*”

En cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por la actora, la Sala encuentra que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que para conservar las condiciones de edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez establecida en el régimen anterior **al cual se encontraba afiliado** deben tener, para el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993), 35 años de edad o más si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, **ó 15 o más años de servicios cotizados.**

De lo anterior y conforme el acervo probatorio obrante en el infolio, como lo es la copia de la cédula de ciudadanía de la actora que reposa a folio 19 del expediente, así como en el expediente administrativo digital (fl. CD- 297), se tiene que la demandante nació el 10 de enero de 1957, por lo que reunía el requisito de la edad, al contar con 37 años de edad, **siendo en principio aplicable el régimen de transición** y así lo consideró el Juez Constitucional dentro de la Acción de Tutela No. 2012- 0083 - Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá-(fls. 267 a 275) y que obedeció a la razón por la que la demandante

regresó del RAIS al RPM, en la que se trajo a colación los siguientes **antecedentes**:

- “(...) se ordene de inmediato el traslado de régimen de Martha Cecilia Tapia Caicedo de COLFONDOS al ISS (...) radicó derecho de petición ante el ISS (...) respondió informando verificara los requisitos previstos en la sentencia C-1024 de 2004 (...) informando que a la fecha no ha recibido solicitud del ISS (...) aduce además la accionante que, para el 1 de abril de 1994 cumplía con la edad requerida para ser beneficiaria del régimen de transición (...)”.

•

De igual forma, de la parte **considerativa** se extrae lo siguiente:

- “(...) En este momento es bueno recordar que según el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ordena que cuando le faltaren diez (10) o menos (...) no podrán trasladarse; no lo es menos que la Corte Constitucional, en la sentencia C 1024 de 2004 (...) que las personas que reúnan las condiciones de régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que trasladado el régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado 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 (...) por lo que es procedente señalar que, uno u otro requisito, edad o tiempo de cotización, es suficiente para pertenecer al régimen de transición, no los dos de manera concurrente (...) en el sub lite está acreditado que la señora Martha Cecilia Tapia Caicedo contaba con 37 años para el 1 de abril de 1994 (...) por lo que, **no puede perderse de vista que para la pertenencia al régimen de transición basta tener la edad, para que la accionante pueda acceder a su pensión en las condiciones de edad, tiempo y monto previstos en el régimen**

anterior (...) En otras frases, la agenciada tiene derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguro Social, sin que pueda condicionársele, la realización del derecho a la libre escogencia del régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio, según lo precisó la Corte en la última de las sentencias reseñadas (...) (negrilla fuera de texto)

Ahora, si bien como se dijo en precedencia en principio la actora mantuvo el régimen de transición y que llevó a que se ordenara mediante orden constitucional el regreso al RPMPD tutelando su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, también lo es que en lo que tiene que ver con la **pérdida de la transición por el cambio de régimen pensional**, la Corte Constitucional **mediante la sentencia SU 130 de 2013**, reitero los criterios dados en las sentencias SU-062 de 2010, C-789 de 2002, la C-1024 de 2004 y la T-818 de 2007, **concluyendo** que para conservar el régimen de transición sólo se debe cumplir con el requisito de 15 años de servicios cotizados para el 1º de abril de 1994.

Pues bien, para el caso de la demandante, **la Sala NO encuentra cumplido dicho presupuesto, como quiera que para el 1º de abril de 1994, tenía cotizadas un total de 335,55 semanas, esto es, el equivalente a 6,42 años, conforme se extrae del reporte de semanas cotizadas que milita a folios 65 a 72 y CD-fl. 257 del expediente**; en el que no logró superar los 15 años de servicios requeridos para haber conservado la prerrogativa en mención.

Por lo que si bien el *a quo* realizó su estudio con relación a la vigencia del régimen de transición de la actora, trayendo a colación el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, en el que dispuso que éste no

podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tuvieran cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto y que la demandante solo contaba con **650 semanas** y que llevó a que su apelación se centrara únicamente frente a este tópico, precisando que contaba con de 900 semanas para la referida data, lo cierto es que **la sentencia unificada citada en precedencia** no contempló ningún supuesto adicional que pudiera tener en cuenta el juzgador, al momento de realizar el estudio del reconocimiento pensional bajo el régimen de transición dentro del grupo de afiliados que retornaron del régimen de ahorro individual al régimen prima media con prestación definida y que llevan a **CONFIRMAR** la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

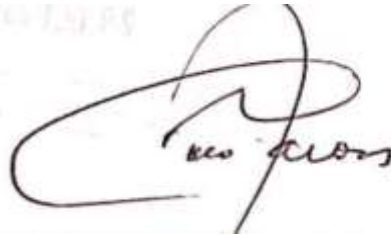
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 20 de enero de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante MARTA CECILIA TAPIA CAICEDO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

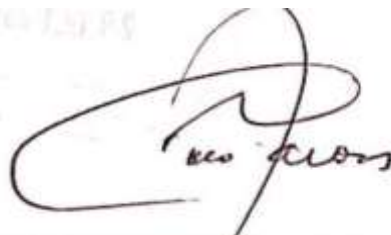


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo MARTA CECILIA TAPIA CAICEDO, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISMENE TORCOROMA RUIZ
CLAVIJO contra - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y -
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ISMENE TORCOROMA RUIZ CLAVIJO**, se **declare** la nulidad del traslado efectuado del RPMPD al RAIS efectuado por COLFONDOS S.A. el 28 de julio de 1995 y con efectividad del 1 de agosto de 1995 ante la omisión de este fondo del deber de información con prudencia y pericia y de manera clara completa y veraz, oportuna, adecuada y suficiente de las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia,

se **condene** a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación tales como cotizaciones junto con todos los rendimientos, se **condene** a COLPENSIONES a recibirla como afiliada así como los valores obtenidas en el vínculo con el RAIS y a contabilizarlos para todos los efectos pensionales, se **condene** bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** en costas y en agencias en derecho a las demandadas. **De manera subsidiaria**, solicitó se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado a COLFONDOS. (fls. 81vto a 82).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls 81 a 81 vto), señaló en síntesis, que estuvo afiliada y cotizando para pensión en el ISS desde el 12 de abril de 1984 y que para el 28 de julio de 1995 efectuó traslado de régimen a través de COLFONDOS sin ser asesorada con relación a las implicaciones de sus derechos pensionales, los riesgos de cambiarse al RAIS, las diferencias entre un régimen y otro, ventajas y desventajas o inconvenientes al régimen que se trasladaba, tampoco tuvo en cuenta el tiempo que llevaba cotizando en el ISS ni su edad, ni el capital que tenía que acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho pensional, acotó que tampoco le informó que lo aportado no iba ser depositado en su cuenta de ahorro individual sino que sería destinado a primas, seguros ni costas de administración, lo correspondiente al bono pensional, proyecciones a futuro, tasa de reemplazo en el RAIS y las condiciones para poderse pensionar de manera anticipada, encontrándose actualmente afiliada en esa AFP.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 105 a 125), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1 a 2, 16 y 17 y no constarle los restantes.

Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su turno, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó el introductorio (fls. 142 a 150), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 15 y 18, no constarle los contenidos en los numerales 1, 16 a 17 y no ser ciertos los restantes; propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia del vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de diciembre de 2019 (CD – fl. 230), **declaró** la ineficacia de la afiliación y traslado efectuada por la demandante a COLFONDOS S.A. el 28 de julio de 1995, **ordenó** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieran generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad a la demandante desde su afiliación inicial al RPMPD, **declaró no probadas** las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a los fondos demandados.

Como **fundamentó de su decisión**, señaló que la demandante no alegaba ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que lo alegado solo corresponde a no habersele brindado la información, completa, oportuna y veraz en la etapa contractual del traslado y previa reseña jurisprudencial

sobre el asunto, indicó que las administradoras tenían que cumplir con el deber de informar, acotó que nació con la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 la asesoría y el buen consejo en la que se debe informar los pormenores de los regímenes pensionales y el deber de la doble asesoría, información que debe darse antes de la afiliación y durante su permanencia en el régimen pensional, por lo que conforme al acervo probatorio la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y en estos asuntos no debía analizarse lo correspondiente a una expectativa legítima, por el contrario a los fondos privados les asiste probar si cumplieron con el deber de información, trayendo a colación el acervo probatorio obrante en el expediente, esto es la suscripción del formulario para julio de 1995, así como el reporte de semanas cotizadas tanto a COLFONDOS y COLPENSIONES, junto con lo manifestado en interrogatorio de parte, por lo que no obraba ninguno que llevara inferir que la AFP había cumplido con el deber de informar, así como el representante legal cuando manifestó en interrogatorio de parte no tener algún soporte con relación a la información brindada por el asesor, por lo que COLFONDOS incumplió con su deber procesal de acreditar la formación de los asesores en temas de seguridad social en pensiones, que llevaran a confirmar que la información fue clara y veraz sobre su situación pensional así como los riesgos en el régimen, ni mucho menos con los formularios de afiliación se acreditara lo correspondiente, por lo que en el presente asunto concluyó se había generado la ineficacia de la afiliación.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, la situación fáctica de no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición al no contar con una expectativa legítima.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, sin que esto constituya una carga desproporcionada, toda vez que al tratarse de una negación indefinida en los términos precisados por el artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba debiendo las administradoras acreditar que cumplieron con el deber de informar, sin que la demandante tenga que probar nada referente al asunto. De igual forma se precisa, que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una

expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición tal y como lo reprocha la demandada recurrente.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ISMENE TORCOROMA RUIZ CLAVIJO el 28 de julio de 1995, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. (fl. 151), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de agosto de 1995 (fl. 152), encontrándose afiliada en la actualidad en esta entidad conforme a certificación que milita a folio 56 del expediente, efectuando cotizaciones en éste régimen desde agosto de 1995 a la fecha (fls. 57 a 59 vto y 158 a 166). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de abril de 1984 hasta el 31 de julio de 1995 (fl. 167).

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a COLFONDOS obrante a folio 151 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, en los términos en que recurrió COLPENSIONES, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría

para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que pueda tenerse como satisfecho el deber de información, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación a la accionante bajo las circunstancias expuestas por el Juez de Instancia (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

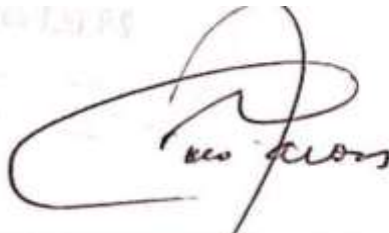
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 9 de diciembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

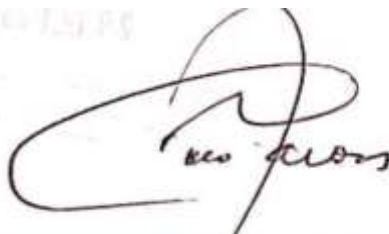


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -ODILSON DE JESÚS MONTOYA LANCHEROS CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **ODILSON DE JESÚS MONTOYA LANCHEROS**, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 10 de diciembre de 2016, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ante la mora en el reconocimiento, se **condene** bajo el uso de las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 28).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 28 a 30 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 28 de mayo de 1953 y que cumplió 62 años para el mismo día y mes en el año 2015, que desde el 23 de junio de 19837 se encuentra afiliado a COLPENSIONES y que su estado actual es “cotizante activo, agregó que laboró para Mueble Suizo S.A. hoy en restructuración desde el 16 de septiembre de 1998 hasta el 12 de marzo de 2018 y que esta empresa realizó la novedad de ingreso a COPLPENSIONES en el año 1998, no obstante no aparecen en la historia laboral del actor los respectivos aportes pensionales existiendo mora en el pago ya que aparecen unos periodos y otros no, afirmó que sumado ese tiempo con los de los otros empleadores reúne un total de 1367 semanas y le asiste derecho a que se le reconozca la pensión de vejez desde el 10 de diciembre de 2016 en cuantía

correspondiente a un SMMLV, no obstante mediante los actos administrativos SUB 198763 del 26 de julio de 2018 y DIR 16088 del 3 de septiembre de 2018, se le negó la prestación pensional solicitada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo introductor, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 17 a 18 y parcialmente cierto el 19, no constarle los numerales 4 a 6, 9 y 11, no corresponder a u hecho el contenido en el numeral 10 y no ser ciertos los restantes. **Señaló en síntesis**, que conforme a reporte de semanas expedido a 10 de enero de 2019 el primer aporte efectuado por Muebles Suizo S.A se realizó el agosto de 1999, por lo que los periodos que no reposan en la historia laboral no es posible realizar su computo al no existir afiliación, en el que si bien se le requirió al demandante acreditar el pago de los ciclos reclamados no fueron allegados, sin que fuera suficiente acreditar los extremos de la relación laboral. **Propuso como excepciones de fondo** inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica. (fls.44 a 50).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de febrero de 2020 (CD-folio 64), **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 31 de abril de 2018, con una mesada de \$781.242, valor que se aplicara los reajustes de Ley y por 13 mesadas al año, **condenó** al pago por la suma de \$18.674.489 por concepto de retroactivo pensional, **condenó** al pago de los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensionales a partir del 31 de abril de 2018 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, absolvió de las demás pretensiones contenidas en su contra, **declaró no probada** las excepciones propuestas por la demandada y **condenó** en costas a la demandada.

Como argumento de su decisión, trajo a colación el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993 y que el actor había cumplido 62 años el 28 de mayo de 2015, por lo que la controversia giraba en torno a las semanas del empleador EL MUEBLE SUIZO así como los documentos incorporados en el expediente administrativo, evidenciándose unos periodos de cotización y otros no por

parte de esa entidad, por lo que no podía negarse la prestación por mora en los aportes, apoyándose en jurisprudencia de la CSJ y conforme a lo cotizado con otros empleadores junto con la certificación expedida por EL MUEBLE SUIZO daba lugar al reconocimiento, aunado al hecho de la confesión realizada por el actor ante la administradora pensional de encontrarse como cotizante activo y que coincidía con la certificación expedida por COLPENSIONES, ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 31 de abril de 2018, en cuanto al IBL al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% arrojaba como mesada pensional el SMMLV en 13 mesadas al año, junto con los descuentos en salud y conforme a los intereses moratorios condenó a su pago desde el 31 de abril de 2018.

CONSULTA

LA PARTE DEMANDADA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si el actor cumple con los requisitos para acceder al derecho pensional de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, si tiene derecho al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas con el empleador -EL MUEBLE SUIZO-

Indica la parte demandante en su escrito de demanda que **desde el 16 de septiembre de 1998 hasta marzo de 2018** trabajó de manera ininterrumpida para **Muebles Suizo S.A.** y que existe mora por parte de esta entidad, teniendo en cuenta que en el reporte de semanas aparecen unos aportes y otros no.

Así las cosas y como pruebas relevantes en el plenario obran las siguientes, **(i)** Contrato de Trabajo celebrado entre el actor y **EL MUEBLE SUIZO LTDA** con fecha de iniciación de labores 16 de septiembre de 1998 (fls. 6 a 6vto), **(ii) Formulario de afiliación a pensiones ISS** con fecha de radicación **-24 de noviembre de 1998-** del demandante por parte de EL MUEBLE SUIZO LTDA (fls. 7), **(iii) Certificación Laboral**

EL MUEBLE SUIZO S.A. en el que deja constancia que el demandante **labora desde el 16 de septiembre de 1998 hasta la fecha (12 de marzo de 2018-** fecha de expedición del documento).

Asimismo, de la misma **certificación laboral** y que fue expedida con destino a **COLPENSIONES**, le pone en conocimiento que (i) la **empresa EL MUEBLE SUIZO S.A fue aceptada en acuerdo de restructuración en marzo 20 de 2002**, y (ii) que el **demandante ha laborado** en esa empresa de **manera ininterrumpida** desde la **fecha de su ingreso** (fl. 8 y CD fl. 52).

De igual forma, obra en el infolio el Reporte de Semanas cotizadas en pensiones COLPENSIONES con fecha de expedición 17 de mayo de 2019, del que se extrae como primer periodo de cotización con **El Mueble Suizo LTDA** para 199908 por 4 días y para los ciclos siguientes 199909 y 199912 a 200001 con la razón social **El Mueble Suizo S.A.** y luego registra cotizaciones con **El Mueble Suizo LTDA** en los ciclos 200008 y 200108 y pasa al ciclo 200204 hasta 200302, luego registra cotizaciones con la razón social **El Mueble Suizo** desde 200303 hasta 2000305, pagos que registran bajo la observación “pago aplicado al periodo declarado” y de los cuales se extraen que fueron debidamente computados en su historia laboral por parte de la entidad pensional. No obstante y a partir del ciclo 200306 hasta el ciclo 201312 bajo la razón social **El Mueble Suizo S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** no se encuentran computados estos tiempos y registra observación “No registra la relación laboral en afiliación para este pago”, y a partir de los ciclos 201401 y 201402 bajo la razón social **El Mueble Suizo S.A.** nuevamente empieza a computarse el tiempo y particularmente con la razón social **El Mueble Suizo S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** desde el ciclo 201403 hasta 201601 también fueron debidamente computados, registrando un total de semanas **-542, 71-**, esto es, junto con las cotizadas con otros empleadores (fls. 53 a 56).

Conforme a lo anterior, concluye la Sala, que en efecto el demandante laboró de manera ininterrumpida con el empleador **El Mueble Suizo LTDA, S.A. y S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** desde el **16 de septiembre de 1998**, conforme lo respalda tanto el contrato individual de trabajo allegado, así como la certificación laboral expedida por esa -sociedad privada- con fecha 12 de marzo de 2018, de igual forma se extrae del expediente administrativo, conforme a soportes de pago, que el empleador realizó aportes pensionales de forma extemporánea.

No obstante lo anterior, debe precisarse en primer lugar, que la afiliación efectiva conforme al reporte de semanas a pensiones allegado por la entidad pensional

corresponde al ciclo **199908**, en el que si bien el actor allegó el Formulario de Vinculación o Actualización al Sistema General de Pensiones del ISS (fl. 7) del que se extrae que fueron consignados los datos del aquí demandante junto con el ingreso mensual, así como el cargo a desempeñar junto con los datos del empleador, lo cierto es que **no registra la fecha de inicio de la relación laboral** y solo cuenta con la radicación ante el ISS con fecha 24 de noviembre de 2008, data posterior en la que se había dado inicio la relación laboral.

Así las cosas, debe precisarse que en el presente asunto y contrario a lo considerado por el *a quo*, no se puede inferir que haya existido mora entre el **-16 de septiembre de 1998 al 31 de julio de 1999-**, aspecto sobre el cual la entidad accionada no tenía obligación de realizar el respectivo recobro, lo que debió solicitarse fue el respectivo cálculo actuarial ante la omisión de afiliación por parte del empleador en ese interregno, en el que ha precisado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL10122-2017 reiterada en la SL 5541 de 2018).

De igual manera, ha señalado que lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecen que las entidades de seguridad social pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, **con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los tiempos omitidos**, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018 reiterada en la SL 5541 de 2018).

Atendiendo tal criterio jurisprudencial, nota la Sala que el empleador EL MUEBLE SUIZO, conforme quedó precisado con antelación, reconoce la existencia de la relación laboral, no obstante, se insiste, no puede tenerse en cuenta el periodo comprendido entre el del **16 de septiembre de 1998 al 31 de julio de 1999**, toda vez que para que sean incluidos dichos ciclos, debía haberse integrado a la litis, sin que así lo hayan considerado las partes, no obstante ante la situación aquí generada, tampoco es posible endilgarle responsabilidad alguna a COLPENSIONES en reconocer las semanas aquí relacionadas.

Ahora bien, con relación al periodo restante que fue certificado por el empleador EL MUEBLE SUIZO S.A. entre el **01 de agosto de 1999 hasta el 12 de marzo de 2018**, inclusive hasta el **31 de marzo de 2018**, conforme se extrae de la Resolución SUB 198763 del 26 de julio de 2019 (fls. 18 a 20 vto y CD-fl. 52) cuando el actor reclamó el reconocimiento pensional el 20 de abril de 2018 bajo radicado No. 2018-4452928, afirmó haber laborado para EL MUEBLE SUIZO S.A. hasta dicha data.

Por lo anterior, se tiene del reporte de semanas cotizadas allegados por la entidad demandada COLPENSIONES (fls. 53 a 57 vto y CD-fl. 52), registran como **periodos debidamente computados con EL MUEBLE EL SUIZO S.A** los siguientes:

CICLOS	DÍAS
199908	4
200008	30
200108	30
200204 hasta 200305	420
201312 hasta 201601	780

De igual forma se extrae, que COLPENSIONES **suprimió o no registró en la historia laboral** los ciclos que a continuación se traen a colación, pues debe precisarse que en su defecto debió registrar la novedad de **RETIRO** y conservarlos ante la mora presentada por el empleador EL MUEBLE SUIZO:

CICLOS	DÍAS
199910 hasta 199911	60
200002 hasta 200007	180
200009 hasta 200107	330
200109 hasta 200203	210
201602 hasta 201803	780

Finalmente, también se observa periodos que **no fueron computados** y que fueron pagados por MUEBLES SUIZO con observación dentro del reporte de semanas en pensiones *“No registra la relación laboral en la afiliación para este pago”* y otros que no fueron tenidos en cuenta con observación *“pago al periodo declarado”*:

CICLOS	DÍAS
199909	30
199912	30
200001	30
200306 hasta 201311	3870

En relación a los tiempos en mora registrado dentro de la historia laboral de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, la alta Corporación ha sostenido que la existencia de un contrato de trabajo impone *per se* el deber de afiliación e inscripción por parte del empleador y la correlativa de pagar las cotizaciones, tal como lo disponen los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, **es natural que para que exista la obligación de cobro de los aportes por parte de la administradora, debe mediar la afiliación e inscripción correspondiente por parte del empleador** **sentencia** SL 290 del 5 de febrero de 2020, en la cual se reitera la sentencia con radicado No. 37555 del 23 febrero de 2010, citando:

*“(...) Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, **no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones**”.*

(...)

*Como estrictamente y según lo arriba explicado **en este evento no hubo mora de los empleadores en el pago de las cotizaciones, sino incumplimiento en su deber de inscripción**, el Tribunal, en consecuencia, no incurrió en desatino jurídico alguno, pues, frente a la falta de inscripción del trabajador Delio de Jesús Zapata Correal por parte de Antonio y Darío Macías Duque, al sistema de seguridad social en pensiones –no discutida, antes, por el contrario, admitida por la impugnación extraordinaria-, la conclusión no era otra distinta a la de*

condenar a los últimos a pagar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del primero”.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, se tiene que el actor radicó ante la entidad pensional solicitud de corrección de historia laboral, allegando los respectivos soportes que respaldaban su relación laboral con EL MUEBLE SUIZO así como los soportes de pagos extemporáneos realizados por esa sociedad a efectos de obtener su reconocimiento pensional. No obstante no obra en el expediente, actuación alguna por parte de COLPENSIONES tendiente a obtener algún tipo de gestión por parte del empleador moroso y contrario a ello, sí existen ciclos eliminados por mora, otros que se dejaron de contabilizar tal y como quedó relacionado en precedencia, sin que COLPENSIONES justificara esa actuación, siendo este su deber legal al tener la custodia de los aportes efectuados a favor del afiliado, más aún cuando el demandante develó las imprecisiones en su historia laboral, debiendo la entidad procurar por desentrañar las inconsistencias señaladas, entonces no es dable aducir que no existió afiliación al sistema o suprimir ciclos o no registrar el respectiva actuación de *RETIRO*, sin realizar los recobros correspondientes, ni mucho menos que de manera arbitraria aceptara unos pagos y otros no.

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia T -343 del 2014 la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo que, como las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, tienen a su cargo el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, tiene el deber de garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando quiera que no aportan los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro.

Así las cosas y atendiendo las consideraciones aquí señaladas, se deben computar dentro de la historia laboral del demandante los siguientes ciclos que no registran en el reporte de semanas a pensiones: 199910, 199911, 200002 a 200007 y 200009 a 200107 y 200109 a 200112 a 200103 y 201602 a 201803 los cuales ascienden a 222,85 semanas cotizadas; junto con los ciclos que no fueron computados bajo la observación “no registra la relación laboral en afiliación para este pago” con la razón social EL MUEBLE SUIZO S.A EN REESTRUCTURACIÓN desde 200306 hasta 201311 junto con los ciclos que registran con observación “pago aplicado al periodo

declarado” los cuales no fueron tenidos en cuenta: 199909, 199912 y 200001 y que ascienden a 565,71 para un total de **788,56 semanas**

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de los hombres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía del actor se desprende que nació el 28 de mayo de 1953 (fl.68A- CD), por lo que a la fecha cuenta con 68 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto a las semanas, se tiene que la totalidad de semanas asciende a **1,331,27** incluyendo las semanas de los tiempos debidamente computados por COLPENSIONES en el reporte de semanas de 542,71 con fecha de expedición 17 de mayo de 2019 (fl. 53 a 57) así como las que se incluyeron en esta instancia, lo cual lo hace acreedor a la pensión en los términos que lo consideró el *a quo*.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, por lo anterior y teniendo en cuenta que COLPENSIONES suprimió de la historia laboral los ciclos de 201602 hasta 201803 y conforme se encuentra consignado en la Resolución SUB 198763 del 26 de julio de 2019, que el actor solicitó reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 20 de abril de 2018, indicando haber laborado con EL MUEBLE SUIZO S.A hasta el **31 de marzo de 2018**, la prestación debió reconocerse a partir del 1 de abril de 2018, no obstante el *a quo* reconoció la prestación desde el “31 de abril de 2018” en la que debe precisarse que si bien no fue objeto de reproche por ninguna de las partes, la referida data no existe en el calendario, por lo que se revocará parcialmente el numeral primero de la sentencia, ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a partir del **30 de abril de 2018**.

En cuanto a la **mesada pensional** reconocida, encuentra la Sala que la misma se encuentra acorde, toda vez que los cálculos se realizaron atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral y los últimos 10 años, arrojando con los cálculos realizados valores inferiores al salario mínimo, de manera que la mesada pensional se reconoció

conforme al SMLMV para el año 2018, el cual correspondió a la suma de \$781.242, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 9° de artículo 34 de la Ley 100 de 1993, razón por la que se confirmará también el presente tópico.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Sobre el tema, debe precisarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante reclamó **el 20 de abril de 2018** (CD-fl.52), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **20 de agosto de 2018**, para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir el demandante con los requisitos legales para ello, y teniendo en cuenta que en el presente asunto el *a quo* condenó al reconocimiento de los mismos a partir del **“31 de abril de 2018”**, habrá que revocarse parcialmente el numeral tercero para ordenar el reconocimiento de los mismos a partir del **21 de agosto de 2018**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que el actor solicitó reconocimiento pensional el 20 de abril de 2018 y la demanda se presentó el 31 de enero de 2019 (fl. 37), sin que durante dicho interregno superara los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

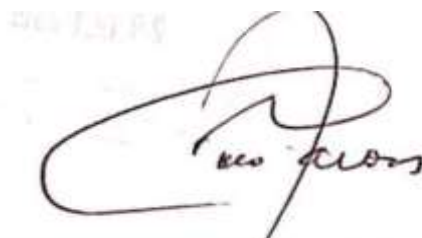
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia consultada, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez del demandante a partir del **30 de abril de 2018**, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **21 de agosto de 2018**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta en grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized loop at the top and a long, sweeping horizontal stroke at the bottom. The signature is positioned above the printed name and title.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -HERNANDO VÉLEZ GONZÁLEZ -
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **HERNANDO VÉLEZ GONZÁLEZ**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento del 14% por persona a cargo -su esposa Gladys Margarita Abello de Vélez, junto con el pago retroactivo desde el reconocimiento pensional, se indexen las sumas a cancelar por este concepto, se condene bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 33).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 32 a 33 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que mediante Resolución 019473 del 19 de noviembre de 1996 se le reconoció pensión de vejez, atendiendo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición, pero sin realizarle el incremento pensional, agregó que se casó el 2 de febrero de 1963 con la señora Gladys Margarita Abello de Vélez quien

depende económicamente de esa pensión y que conviven de manera ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho desde que contrajeron matrimonio y que si bien solicitó para el 5 de septiembre de 2018 lo correspondiente a los incrementos pensionales, la entidad demandada negó lo solicitado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4 , 8, no ser cierto el numeral 9 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de la indexación, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls. 43 a 47).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019, **declaró probada** la excepción de prescripción propuesta por la demandada y como consecuencia **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda y **condenó** en costas al demandante. (CD -fl. 58).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional –SU 140 de 2019-, esto con relación a la vigencia de los incrementos pensionales, por lo que indicó que acogía la tesis de la CSJ con relación a la vigencia de los mencionados por personas a cargo, trayendo adicionalmente la normatividad que rige en torno al tema que no es otra que la contenida en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, indicando en primer lugar no encontrarse en discusión la condición de pensionado conforme se extraía del acto administrativo de reconocimiento, asimismo se acreditaba la condición de cónyuge del demandante, soportes de afiliación como cotizante del demandante en el sistema de salud y en la que fungía como beneficiaria la cónyuge y del que se concluía adicionalmente que esta última no percibía pensión, junto con la dependencia económica de esta con el actor conforme al acervo probatorio que fue allegado al plenario, pues

esta no percibe ningún emolumento salarial o algún tipo de renta, asimismo, se acreditó la convivencia entre la pareja de esposos, no obstante, declaró probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que fue reconocida en el año 1996 y solo reclamó hasta el año 2018, por lo que precisó que esto era lo analizado por el máximo órgano de cierre.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicando que no se podía declarar prescrito el derecho ya que se le debía dar un similar o el mismo tratamiento de la pensión con relación a la imprescriptibilidad del derecho, por lo que solicitó se acogieran sus pretensiones desde la fecha de reclamación ante la entidad en el año 2018, en la que se debía acudir al principio pre operatorio.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GERMÁN AGUDELO RIVEROS, conforme se infiere de la copia de la Resolución 019473 de 1996 (fl. 4 y CD fl.52), mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$1.073.211 a partir del 1° de diciembre de 1996.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la

jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina

constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de diciembre de 1996** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el demandante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida por el Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de diciembre de 2019, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora HERNANDO VÉLEZ GONZÁLEZ.

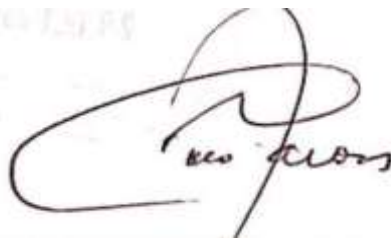
EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

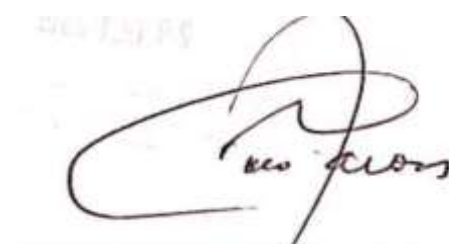


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de HERNANDO VÉLEZ GONZÁLEZ la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –MARDOQUEO MENDEZ GALVIS-CONTRA -
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **MERDOQUEO MENDEZ GALVIS**, se **declare** el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes o de jubilación *post mortem* y la sustitución de la misma, con ocasión al fallecimiento de la señora DIGNA VICENTA MUÑOZ DE LA HOZ por parte de COLPENSIONES. Como consecuencia, se **ordene** a la demandada a pagar la mesada pensional desde el día siguiente de su fallecimiento, esto es, desde el 01 de julio de 2008, debidamente indexada junto con los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 51).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 50 a 51 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que la señora MUÑOZ DE LA HOZ nació el 4 de diciembre de 1940 y que él nació el 21 de septiembre de 1953, que el día 25 de marzo de 1993 se inició la unión marital de hecho la cual perduró hasta la fecha de fallecimiento del causante, que el extinto ISS le reconoció una pensión de vejez a la causante mediante acto administrativo No. 001338 del 30 de mayo de 1995 con fecha de efectividad en esa misma fecha y en cuantía equivalente a \$156.680. Agregó que el pasado 30 de abril de 2014 presentó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento y pago por sustitución pensional en calidad de compañero

permanente y se negó por cuanto no se había acreditado los 5 años de convivencia exigidos en la Ley 797 de 2003, por lo que procedió a interponer los recursos de Ley, siendo confirmada mediante Resoluciones GNR 27316 del 6 de febrero de 2015 y GNR 339720 del 29 de septiembre de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2 y 5 a 8 y no constarle los restantes. Señaló en síntesis, que los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho, toda vez que el demandante no acreditó los requisitos esenciales de la norma para acceder al reconocimiento como beneficiario. Propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls.57 a 62).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de enero de 2020, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor MARDOQUEO MÉNDEZ GALVIS, **declaró probada** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos y **no impuso** condena en costas (CD fl. 75).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que el presupuesto aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que preceptúa lo correspondiente a la pensión de sobrevivientes para los compañeros permanentes y acotó lo correspondiente a la convivencia trayendo a colación la jurisprudencia que gira en torno al tema, acotó que la causante ya tenía pensión reconocida por parte del extinto ISS hoy COLPENSIONES, trajo a colación los actos administrativos de la negativa de pensión de sobrevivientes, consideró que las declaraciones extrajuicio allegadas al plenario, no solo por el demandante, sino de otras personas así como la investigación administrativa adelantada por COLPENSIONES y en la que precisaron que la convivencia había dado inicio el 25 de marzo de 1993, no establece ningún parámetro de convivencia, apoyo, o de acompañamiento o asistencia que permita evidenciar de las declaraciones, situaciones tales como situaciones laborales, personales y familiares, las condiciones de vida en pareja entre otros, indicó que extraía del expediente administrativo, en los

que existían inconsistencias en las declaraciones extrajuicio y declaraciones efectuadas por el demandante, por lo que concluyó que no se acreditaba lo correspondiente a la convivencia y no se hacía acreedor de la pensión de sobrevivientes solicitada.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicando que en efecto si cumplía con los requisitos contenidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece lo relacionado con el requisito de la convivencia de los 5 años previos al deceso y que el estudio que adelantó COLPENSIONES ni siquiera le preguntaron a la señora en el lugar donde convivían, que por ello es que allegan esa declaración extra proceso al expediente que se actualizó de esa forma y convivieron desde el año 2000 hasta el año 2003 y que compartieron lecho, techo y mesa.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al señor **MARDOQUEO MENDEZ GALVIS** cumplió con los requisitos para acceder a la **pensión de sobrevivientes** en calidad de **compañero permanente** de la señora DIGNA VICENTA MUÑOZ DE LA HOZ, en caso afirmativo, analizar si operó o no el fenómeno prescriptivo.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que mediante resolución No. 001338 de 1995 se le reconoció a la señora DIGNA MUÑOZ DE LA HOZ pensión de vejez, siendo beneficiaria del régimen de transición y bajo los parámetros contenidos en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año a partir del 30 de mayo de 1995 en cuantía equivalente a \$156.680 **2.)** que conforme a registro de defunción la señora DIGNA MUÑOZ DE LA HOZ falleció el 30 de junio de 2008, **3.)** que, el 30 de abril de 2014 con radicado 2014_3306360, el demandante elevó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes la cual se negó mediante acto administrativo GNR 339720 -29 de septiembre de 2014, bajo el argumento de no haber acreditado el actor el requisito de convivencia que le exigía la normatividad, esto es, 5 años con anterioridad a la fecha de su deceso, conforme al resultado que arrojó previa investigación

administrativa pues fue imposible corroborar la convivencia, por lo que no existió convivencia, **4.)** frente a la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición, aduciendo que se allegaba como soporte de su convivencia, dos declaraciones extraprocesales con la que acreditaba la convivencia por un tiempo superior a cinco años y mediante Resolución GNR 27316 del 5 de febrero de 2015 se confirmó en su totalidad la resolución inicial, **5.)** Resolución que se recurrió y que mediante acto administrativo VPB 49582 del 18 de junio de 2015, ratificando que mediante informe Investigativo No. 5925/2014 se realizaron las labores de campo con el ánimo de recolectar testimonios y allegar documentos soporte y en la que se concluyó que no había existido convivencia entre Digna Vicenta Muñoz de la Hoz con el aquí demandante ante la imposibilidad de corroborarlo de ninguna manera. (fls. 6 a 14-40 a 46 y CD-fl. 72).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 si se tiene en cuenta que la señora DIGNA VICENTA MUÑOZ DE LA HOZ falleció el 30 de junio de 2008 (CD-fl.72). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”;

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista (**CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011**).

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, la CSJ SL en **sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018**, estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos 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 cuanto a la **compañera (o) permanente**, reiteró que era **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no podía considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

Asimismo, en reciente jurisprudencia emanada por la **Corte Constitucional-SU 149 de 2021-** precisó que el requisito de convivencia que debía acreditar el beneficiario que reclamaba la prestación, **no podía haber distinción con relación a si el *cujus* ostentaba la calidad de afiliado o pensionado**, acotando textualmente lo siguiente:

“(...)En síntesis, el recuento jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia evidencia que la interpretación pacífica y reiterada del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003), hecha por esa alta Corporación, estableció el criterio de que los cónyuges o compañeros permanentes supérstites deben demostrar su convivencia con el (la) causante,

indistintamente de que este último fuera pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de este suceso. Este criterio fue estable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 2008 hasta marzo de 2020 y fue aplicado sin variación, tanto en los casos en los que casó providencias en las que los Tribunales se apartaban de esta regla (al estimar que los cinco años de convivencia aplicaban solamente al caso de los pensionados y no al de los afiliados), como aquellos en los que no casó sentencias en las que acertadamente se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para beneficiarios de afiliados que no demostraban este requisito. Incluso, este criterio se remonta a la interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral del texto original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

*Entre las razones que ha expuesto **la Corte Suprema de Justicia para exigir el requisito de convivencia a beneficiarios de pensionados y afiliados, sin distinción**, se encuentra, en primer lugar, que la simple condición de pensionado no es una razón para establecer una diferencia entre los beneficiarios que integran el grupo familiar de este y del afiliado. En segundo lugar, la convivencia es un elemento indispensable para considerar que el cónyuge o compañero(a) permanente hace parte del grupo familiar del pensionado y afiliado, establecidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 como únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En tercer lugar, la Ley 797 de 2003 sólo modificó el tiempo exigido de convivencia con el pensionado o afiliado, mas no alteró el concepto de beneficiario de la pensión de sobrevivientes (...) (negrilla fuera de texto).*

Precisado lo anterior, se tiene que en el caso *sub examine*, el recurrente dentro de los motivos de disenso, aduce que el requisito de convivencia exigido en la norma, se acreditó de manera satisfactoria con las declaraciones extrajuicio allegadas al plenario (fls. 16 a 17,28, 47 a 49), así como en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, en la que resaltó que la propietaria del inmueble donde vivían había declarado de manera inequívoca que el demandante junto con la señora Muñoz de la Hoz vivido entre el año 2000 a 2008 (CD-fl. 72):

DECLARACIONES EXTRAJUICIO		
Fecha	Declarantes	Declaración
30 de abril de 2014	José William Parra Briceño Miguel Angel Isaza Hincapié	Que conocía de trato y vista al demandante hace 16 años y que le constaba que el demandante que convivió en unión marital de hecho con la señora Digna Vicenta Muñoz bajo el mismo lecho, techo y mesa desde el 25 de marzo de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento 30 de junio de 2008, asimismo, que no habían dejado hijos legítimos, ni extramatrimoniales, ni adoptivos, ni por reconocer y que no conocía una persona con mejor derecho que el demandante
7 DE NOVIEMBRE DE 2014	Jorge Torres Torres Iván de Jesús Barcelo Domínguez	Que conocía de trato y vista al demandante y que le constaba que el demandante fue el compañero permanente de la señora Digna Vicenta Muñoz, quien había fallecido el 30 de junio de 2008 y que la convivencia había comenzado el 25 de marzo de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento, compartiendo, lecho, techo y mesa de forma ininterrumpida y que le constaba que la señora Digna Muñoz dependía económicamente en todos los aspectos del demandante, que ella no recibía pensión ni renta alguna , asimismo, que no habían dejado hijos legítimos, ni extramatrimoniales, ni adoptivos, ni por reconocer.

2 DE MARZO DE 2015 4 DE AGOSTO DE 2016	Iván de Jesús Barcelo Domínguez Jorge Torres Torres	Que conocía de trato y vista al demandante hace 15 años y que le constaba que el demandante y que convivió en unión marital de hecho con la señora Digna Vicenta Muñoz bajo el mismo lecho y techo desde el 25 de marzo de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento 30 de junio de 2008, asimismo, que no habían dejado hijos legítimos, ni extramatrimoniales, ni adoptivos, ni por reconocer y que no conocía una persona con mejor derecho que el demandante.
5 DE AGOSTO DE 2016 23 DE MARZO DE 2018	Soraya Ester Jaramillo Ruiz Oscar Joaquín Delgado González	Que conocía de trato y vista al demandante hace 15 años y que le constaba que el demandante y que convivió en unión marital de hecho con la señora Digna Vicenta Muñoz bajo el mismo lecho y techo desde el 25 de marzo de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento 30 de junio de 2008 y que su último domicilio fue en un inmueble de su propiedad ubicado en la carrera 23 F #71-18 desde el año 2000 hasta el 2008 , asimismo, que no habían dejado hijos legítimos, ni extramatrimoniales, ni adoptivos, ni por reconocer y que no conocía una persona con mejor derecho que el demandante

De conformidad con lo anterior y si bien se allegaron sendas declaraciones extra juicio en las que manifestaron al unísono los deponentes, que la pareja había convivido bajo el mismo “techo y lecho” desde el 25 de marzo de 1993 hasta el 30 de junio de 2008, en las que se evidencian algunas inconsistencias en las declaraciones de fecha -7 de noviembre de 2014 y la rendido posteriormente el 2 de marzo de 2015 y 4 de marzo de 2016- por los declarantes Jorge Torres e Iván Barcelo en el que indicaron que la señora Digna Muñoz dependía económicamente del demandante y que ella no recibía pensión (situación totalmente contraria a la realidad) y posteriormente, solo ratificaron lo correspondiente a los extremos de esa convivencia, lo cierto es que resulta inequívoco para la Sala concluir que quien adujo ser el **compañero permanente** de la pensionada, **no demostró en el presente asunto haber hecho vida marital durante 5 años anteriores al deceso**, pues el hecho que haya allegado las declaraciones extrajuicio, con la sola manifestación de la existencia de una convivencia con la pensionada fallecida por cerca de 15 años “bajo el mismo techo y lecho”, no es suficiente para acreditar la calidad de beneficiario y acceder al derecho pensional reclamado, pues era exigencia inexcusable que el actor acreditara la convivencia efectiva, real y material, la vida en común, con acompañamiento espiritual permanente, apoyo mutuo, con el ánimo y la intención de constituir y organizar un proyecto de vida común familiar, como presupuestos determinantes a efectos de probar su derecho y que llevan de manera forzosa a confirmar el fallo de primera instancia.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida proferida el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de enero de 2020.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de MERDOQUEO MÉNDEZ GALVIS de conformidad con lo normado en el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

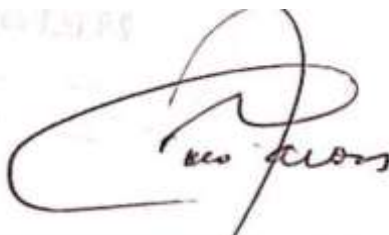
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

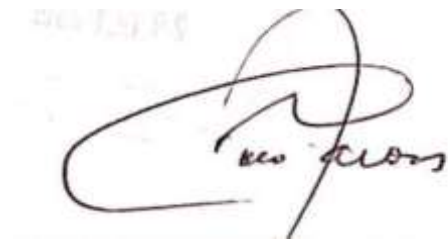


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de MERDOQUEO MÉNDEZ GALVIS, en la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERTHA HILDA MATEUS SOTELO
contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
- PORVENIR S.A.-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y -
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BERTHA HILDA MATEUS SOTELO**, se **declare** la nulidad del traslado efectuado el 06 de octubre de 1997 a través de COLFONDOS S.A, y de COLFONDOS S.A a PORVENIR S.A. el 12 de febrero de 1999, al no habersele brindado en la etapa contractual información completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas entre uno y otro sistema. Como consecuencia, se **ordene** a COLPENSIONES a tenerla en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado, se **condene** en costas y en agencias en derecho a las demandadas. (fls.3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló en síntesis, que se trasladó a COLFONDOS el 6 de octubre de 1997 y que para el 12 de febrero de 1999 se trasladó de COLFONDOS a AFP COLPATRIA, sin brindarle información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD y en el RAIS, sin hacerle un estudio particular, ofreciéndole únicamente condiciones y beneficios muy superiores en el RAIS que en el RPM, acotó que nació el 20 de julio de 1960 y que para el 20 de julio de 2017 cumplió 57 años, que realizadas simulaciones pensionales tanto en el RAIS como en el RPM se observa que la mesada pensional resulta ser mayor en la última de las mencionadas y que actualmente el total de semanas cotizadas asciende a 1.771semanas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 75 a 82), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1,6, 12, no ser cierto el numeral 13 y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su turno, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó el introductorio (fls. 105 a 111), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó el numeral 1, no ser ciertos los numerales 2 a 3 y 5 y no constarles los restantes; propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia del vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 136 a 142 vto.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 4, 6 a 8, 10 a 12; no ser cierto el numeral 5 y no constarles los restantes; propuso como excepciones de fondo 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de febrero de 2020 (CD – fl. 186), **absolvió** a COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, **declaró** probadas las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, propuestas por las demandadas relevándose del estudio de los demás medios exceptivos, y **condenó** en costas a la demandante.

Como **fundamentó su decisión**, señaló que la demandante había afirmado no haber recibido información por parte de las administradoras de fondos pensionales, por lo que trajo a colación los diferentes pronunciamientos de la CSJ que han girado en torno al tema, así como el material probatorio, conforme al traslado efectuado el 6 de octubre de 1997 que de manera libre afirmó haber realizado en interrogatorio de parte, por lo que procedió a analizar si se había viciado o no el consentimiento, en el que indicó que la demandante al momento de la suscripción era mayor de edad así como el objeto y la causa lícita al tratarse de la suscripción de un formulario a efectos de trasladarse de régimen pensional, por lo que no se acreditó el

error, fuerza o dolo, indicó que si bien adujo la actora una omisión por parte de las administradora y trajo como soportes diferente jurisprudencia sin embargo acotó que la misma no le era aplicable a su caso, por lo que no encontró en el presente asunto que la actora haya recibido una información engañosa, tampoco tenía una expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición, no era viable realizar una proyección de la mesada pensional al haberle faltado a la actora más de 20 para alcanzar la edad pensional, por lo que cualquier simulación o proyección de haberse realizado correspondía a una especulación; también advirtió que los asesores de COLFONDOS no le hubieran podido informar la posibilidad de retornar antes hasta los 47 años de edad, dándose el traslado mucho antes de la expedición de la Ley 797 de 2003 que fue donde se contempló esta prohibición y la demandante no lo realizó cuando podía regresar al RPM, consideró adicionalmente que con la afiliación que realizó con posterioridad a la AFP COLPATRIA ya tenía un amplio conocimiento del RAIS siendo esta una aceptación tácita de este régimen, indicando que la ineficacia de traslado no podían aplicarse en todos los casos y debían verificarse todos los casos en particular donde la demandante solo se percató de su situación cuando cumplió la edad pensional, aunado al hecho que en el interrogatorio de parte la demandante manifestó haber recibido información de los beneficios del RAIS tales como poderse pensionar antes de tiempo y no haber indagado lo correspondiente si el ISS se iba acabar o no, asimismo no fue presionada para realizar el cambio de régimen, aunado al hecho de ser profesional en economía y del que podía documentarse a fondo con relación a los regímenes pensionales, por lo que no accedió a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que el deber de información era constitucional, en el que los fondos tienen una deber

previsional así como garantista, esto es el deber de buen consejo, en el que en estos asuntos como la ineficacia se genera ante esa omisión, ratificando lo correspondiente a la inversión de la carga de la prueba en el que los fondos solo se limitaban a indicar que quizá si se había brindado información sin que así lo haya demostrado, en el que la jurisprudencia había precisado que no tenían que validarse situaciones de una expectativa legítima, derechos transicionales o si estar o no próximo a pensionarse, ya que lo que se cuestiona es la validez del acto jurídico de la afiliación, que el formato pre impreso en nada se acompasa que se haya cumplido con ese deber de información, así como tampoco los traslados horizontales subsanan dicha falencia y solo por el hecho de ser profesional se concluya que debía conocer lo correspondiente pues su profesión no es en derecho ni seguridad social, se apartó de la valoración probatoria realizada pues previo al traslado ya contaba con 800 semanas cotizadas en el ISS, sin que de una reunión general realizada por la AFP se pueda concluir que si cumplió con el deber de información.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el *a quo*,

exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)*” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la “*prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del

cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, sin que esto constituya una carga desproporcionada, toda vez que al tratarse de una negación indefinida en los términos precisados por el artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba debiendo las administradoras que cumplieron con el deber de informar, sin que la demandante tenga que probar nada referente al asunto. De igual forma se precisa, que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición tal y como lo precisó el Juez de Instancia.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora BERTHA HILDA MATEUS SOTELO el 6 de octubre de 1997, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A.(fl. 10 y 113), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de diciembre de 1997 (fl. 110), posteriormente se afilió a AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 12 de febrero de 1999 (fl. 11 y 144) surtiendo efectos a partir del 01 de abril de 1999, encontrándose afiliada en la actualidad en esta última entidad conforme a certificación que milita a folio 143 del expediente, efectuando cotizaciones en éste régimen desde noviembre de 1997 a la fecha (fls. 40 a 5, 114 a 115, 146150 vto). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 07 de abril de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1997 (fl. 38).

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a COLFONDOS obrante a folio 10 y 113 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo consideró el *a quo*, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que pueda tenerse como satisfecho el deber de información con el hecho que la demandante indicara que era economista y que debía

conocer las implicaciones con relación al traslado de régimen que realizaba para el año 1997, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación a la accionante bajo las circunstancias expuestas por el Juez de Instancia (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien la demandante permaneció más de 20 años en el RAIS tal y como lo indicó el *a quo*, deba darse por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de COLPATRIA hoy PORVENIR, ésta no estaba obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe

prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

Finalmente y con relación a los comunicados de prensa que obran en el infolio, donde se le informa a todo público el derecho a trasladarse de régimen y los requisitos adicionales para los beneficiarios del régimen de transición, no lo es menos que dicha información es de carácter general, pues no se indican las ventajas de uno u otro régimen, por lo que no suple el deber de información que debió darse a la demandante para la fecha en que efectivamente se materializó el traslado.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese

dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

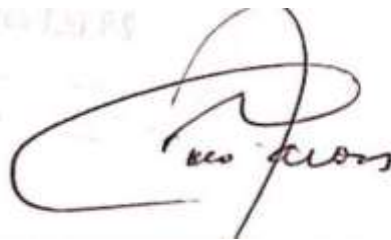
TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

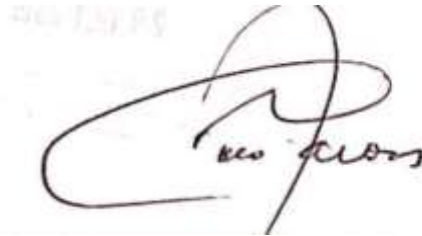


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JUAN PABLO GARZÓN GARZÓN
- contra – META PETROLEUM CORP- SUCURSAL COLOMBIA hoy
FRONTERA ENERGY**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JUAN PABLO GARZÓN GARZÓN**, se **declare** la nivelación salarial conforme al principio de “salario igual trabajo igual” teniendo como referencia al señor **Santiago Andrés Silva Contreras** quien desempeña igualmente el cargo de Coordinador de Análisis Financiero Rubiales. Como consecuencia, se **condene** a la nivelación salarial, que se **declare** y reconozca la pérdida de aporte del fondo mutual correspondientes a los aportes que le correspondía hacer a la demandada, que se **condene** al pago de los montos correspondientes a los aportes voluntarios los cuales perdieron rentabilidad, asimismo, se **condene** al pago de la bonificación navideña correspondiente a un 50% y que dejó de pagar la accionada sin causa justificada, que se declare la mala fe del empleador ante el no pago correspondiente a la prestación personal de sus servicios y al pago de la sanción moratoria con la correspondiente indexación. (fl. 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4), señaló en síntesis, que con la sociedad demandada existió un contrato de trabajo inicial a término fijo desde el 1 de junio de 2010 para desempeñar las funciones en Bogotá y que fue modificado a indefinido el 3 de julio de 2012 mediante “otrosí No. 4”, que el cargo inicial correspondió a -Analista I Proyectos -Control de Costos- con una asignación salarial de \$4.100.000 y que mediante “otrosí No.2” se pactó de común acuerdo un salario integral y que para el 7 de mayo de 2012, fue ascendido al cargo de Coordinador de Análisis Financiero y Auditorías pero sin aumento salarial, que adicionalmente para diciembre de 2013 cambió el nombre, funciones así como las designaciones adicionales quedando como Coordinador de Análisis Financiero y Coordinador Rubiales -Sabanero y Rio Ariari hasta el 28 de enero de 2016, sin que se hubiese reconocido algún aumento salarial o algún incremento debido al exceso de carga laboral. Agregó, que se había pactado con la compañía el depósito de unos aportes voluntarios a pensión y que correspondía a que por cada peso que aportara el trabajador la compañía haría el mismo aporte y en el que si bien se cumplió con lo pactado, la demandada seleccionó el riesgo equivocado y llevó a que se presentara una pérdida de alta rentabilidad, produciendo un menoscabo en el valor de la cuenta de aportes voluntarios y que debido a los resultados arrojados en diciembre de 2015, se comprometió a pagar una bonificación correspondiente a un salario que se pagarían en dos cuotas en diciembre de ese año y en marzo del año próximo y en el que solo se le pagó lo correspondiente a la primera cuota, adeudándole lo correspondiente a la segunda cuota del mes de marzo de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

META PETROLEUM CORP hoy FRONTERA ENERGY. contestó el introductorio (fls. 71 a 92), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3 y 5 y no ser ciertos los restantes, indicó en síntesis, que el contrato de trabajo inicial correspondió a término fijo a 11 meses y que mediante otrosí se cambió la modalidad contractual a indefinido el 3 de julio de 2012, que el demandante jamás ostentó el cargo de Coordinador de Análisis Financiero y Auditorías y que el único ascenso que se presentó durante el vínculo laboral contractual

fue el de Analista II (control costos –proyectos) a partir del 1 de enero de 2012, que este fue el cargo que desempeñó hasta la culminación del contrato de trabajo y adicionalmente, se le incrementó el salario en un 20% y fue objetos de múltiples aumentos hasta llegar a un monto de \$9.657.000 y si en alguna oportunidad hubo mención a un cargo diferente, pudo obedecer a un error involuntario sin ningún tipo de efectos jurídicos, pues agregó que el cargo de Analista II se encuentran las de revisión y control de presupuestos pero que de ninguna manera se trató de una coordinación quien cuenta con responsabilidades y funciones diferentes. Acotó que el actor pretendía desconocer un acuerdo transaccional celebrado el 28 de enero de 2016 en el que se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y en donde declaró y aceptó que el cargo y funciones que desempeñaba era el de Analista II (control costos –proyectos), sin que tuviera reparo alguno con el cargo que allí se consignó.

Con relación a los aportes voluntarios que se realizaban al fondo de pensiones, se trató de un beneficio con carácter extralegal y no salarial, que por mera liberalidad otorgaba a sus trabajadores con el objeto de contribuir al ahorro y con el ánimo de mejorar las condiciones salariales con miras a una futura pensión y no se le puede endilgar responsabilidad alguna con relación a factores externos del mercado, por lo que calificó de ilógico que indicara perjuicio alguno con relación al mismo, cuando el demandado efectuó aportes voluntarios a pensión de manera conjunta y con relación al pago que recibió en diciembre de 2015, la misma correspondió a una bonificación extralegal que en ningún momento emanó de una obligación con el trabajador, desconociendo el pago pretendido en marzo de 2016 cuando para dicha data ya había finalizado el vínculo contractual laboral. Por último indicó en relación al acta de transacción que se celebró el 28 de enero de 2016 y con la que se dio por finalizado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, se pactó una suma transaccional imputable a cualquier suma de dinero que resultare deber al demandante. Propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación, cosa juzgada y prescripción.

Asimismo, propuso como **excepción previa** la de **–cosa juzgada–**, declarándola probada el *a quo* mediante auto de fecha 5 de abril de 2018 y

esta instancia en proveído del 17 de octubre de 2018, **revocó parcialmente la decisión** y dispuso continuar con las pretensiones de **nivelación salarial** y reconocimiento de la **rentabilidad** en relación a los **aportes voluntarios** a pensión reclamados por el actor (CD- fl. 234)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de julio de 2019 (CD – fl. 244), **absolvió** a la demandada META PETROLEUM CORP- SUCURSAL COLOMBIA hoy FRONTERA ENERGY de las pretensiones incoadas por el demandante y **condenó** en costas a este último.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación las pruebas obrantes en el plenario, indicando que no existía discusión con relación a la existencia de contrato de trabajo entre las partes, por lo que con relación a trabajo igual y salario igual invocado por el actor, previa lectura de jurisprudencia emanada por la CSJ, debía analizarse si obedecía a razones objetivas o a un trato discriminatorio, por lo que concluyó que en el presente asunto no existía suficiente material probatorio que llevaran a que prosperara el asunto puesto a consideración, con relación a una persona específica, esto es con el señor Santiago Silva, quien se desempeñaba en el cargo de Coordinador Financiero, pues las funciones de este, eran más amplias y así lo indicó el mismo demandante en interrogatorio de parte en el que indicó que este era su jefe inmediato, así como lo manifestado por el mismo Santiago Silva, en el que indicó que su nivel educativo, así como la relación laboral que se dio con el demandante y con relación a la primacía de la realidad, debía haber probado lo correspondiente el demandante, caso que en el presente asunto no se presentó y contrario a ello, la demandada si logró demostrar las diferencias funcionales entre un cargo a otro.

Finalmente y con relación los aportes voluntarios a pensión correspondientes a un 7% y previa definición de estos rubros, acotó que no existía ninguna responsabilidad a cargo de la demandada, dado que no existe unanimidad con relación a lo pactado, no obstante la empresa le daba una retribución con el fin de contribuir al ahorro del demandante, por lo

que la rentabilidad o no de los mismos, corresponden a factores exógenos a la compañía, que no le acarrean ninguna responsabilidad a la demandada.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que las pruebas no fueron debidamente valoradas conforme a la sana crítica, en la que le limitaron los testimonios y que el testimonio del señor Fernando era fundamental para decisión que se debía tomar en el presente asunto, pues este era el compañero que desempeñaba las mismas funciones y era la persona idónea que iba aclarar lo establecido en el artículo 143 de *-trabajo igual salario igual-*, por lo que solicitó que en segunda instancia escuchara este testimonio, por cuanto el Juez indicó que tenía claro los hechos cuando en realidad no, violando lo contenido en el 169 CGP que le da la facultad oficiosa de decretar pruebas, máxime cuando el testigo fue solicitado por la parte actora, así como el artículo 29 de la Constitución al no haberse practicado.

Aunado a lo anterior, acotó que el testimonio del señor Santiago y con relación al principio de la sana crítica, que él era el jefe directo del demandante, que aún continuaba en la empresa y pese a ello, indicó que en principio era gerente de proyectos por lo que había un indicio que debía valorarse, en el que indicó que tenía algo relacionado con control o coordinador de costos, sin ser ascendido demostrando la mala fe de la empresa en el que le asignaron funciones como coordinador financiero y que así se demostraba con ese testimonio.

Finalmente y con relación a los aportes voluntarios, indicó que la empresa era la que seleccionaba el riesgo en la administradora y que se trataba de un convenio comercial, situación que se encuentra probada a folio 58 del expediente así como la confesión hecha en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si en el presente asunto el demandante por las

funciones que desempeñó al servicio de META PETROLEUM CORP- SUCURSAL COLOMBIA hoy FRONTERA ENERGY, se ubicó en una situación de igualdad que amerita un salario igual al cargo de Coordinador de Análisis Financiero Rubiales que desempeñó el señor Santiago Andrés Silva Contreras. Asimismo, habrá que determinarse si la demandada tiene algún tipo de responsabilidad con relación a la rentabilidad que se obtenía de los aportes voluntarios que aportaban en conjunto.

Relación Laboral

No fue objeto de controversia en el presente asunto, la relación laboral del demandante con META PETROLEUM CORP- SUCURSAL COLOMBIA conforme se extrae del contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el **1 de junio de 2010** junto con las respectivas prorrogas (fls. 11 a 17, 93 a 102, 104) así como el otrosí No. 4 que modificó de común acuerdo la modalidad contractual a **término indefinido** (fl. 18 y 105) y el acuerdo de transacción suscrito entre las partes junto con la liquidación de contrato en la que registra como fecha de finalización del vínculo laboral el **-28 de enero de 2016-**; devengando como último salario la suma de \$9.657.000 (fls. 120 a 123)

Práctica de prueba en segunda instancia

Sea lo primero señalar, que recurre el actor el hecho que el *a quo* no haya escuchado el testimonio del Francisco Andrés Torres, aduciendo que el mismo era de vital importancia dentro del presente asunto y que vulneró con ello su derecho fundamental al debido proceso, solicitando a esta segunda instancia la práctica del mismo; petición que fue reiterada mediante memorial radicado el 28 de octubre de 2019 (fl. 300).

Cabe recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 60 del CPTSS *–el juez al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo–*, de ahí que allegar a tiempo las probanzas, implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales respectivas y antes de que se profiera la decisión que ponga en fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal.

Por lo anterior, debe precisarse que en efecto, el testimonio del señor Francisco Andrés Torres fue debidamente solicitado por la parte actora y debidamente decretado por el juez de primera instancia en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y en el desarrollo de la audiencia del artículo 80 del CPT, consideró que con los testimonios que había recepcionado hasta eses momento eran suficientes para proferir una decisión de fondo y procedió a clausurar el debate probatorio, decisión que no fue oponible por la parte interesada y por el contrario, acto seguido, presentó sus alegatos de conclusión.

En ese orden de ideas, no resulta viable que ahora el recurrente sienta su inconformismo con relación a que no se haya escuchado el testimonio que le fue debidamente decretado y amparándose en derechos fundamentales que no resultan conculcados, queriendo revivir términos procesales, cuando claramente resultan extemporáneos.

Nivelación Salarial

Ahora bien, frente a los demás puntos expuestos en el recurso de alzada, debe precisarse que el principio de, a **TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL**, se deriva del postulado contenido en el artículo 13 constitucional, concordante con el artículo 53 *ibidem*, y desarrollado en el artículo 143 del CST, en el que establece:

“(...)1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo [127](#).

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación (...)”

Al respecto, debe acotar la Sala, que en asuntos donde se pretenden nivelaciones salariales, fundadas en haber ejercido igual cargo, pero con asignación remunerativa inferior, con fundamento en la normatividad traída a colación en precedencia, que consagra el principio a **trabajo igual salario igual**, le corresponde al promotor del proceso la carga de la prueba de acreditar la existencia de -otra persona- que desarrollara idéntico cargo con similares funciones, y equivalencia de jornada de trabajo, rendimiento y eficiencia, de donde se colija que en efecto hubo un trato diferenciado. Así lo precisó entre otras, la sentencia proferida por la CSJ SL14349-2017:

“(...) Ahora bien, desde la perspectiva de lo jurídico, en atención a la vía escogida para el ataque, logra extraer la Sala que la censura se opone al precedente acogido por el juez colegiado, en relación con la asignación de la carga de la prueba en cabeza del trabajador de los referentes de comparación en cuanto a puesto de trabajo, jornada laboral y rendimiento, cuando se reclama la igualdad salarial con base en el artículo 143 del CST, y, para ello, contrapone otro precedente, la sentencia CSJ SL del 2 de noviembre de 2006, No. 26437, donde esta Corte asentó lo siguiente:

Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

[...]

*Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, **en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación.** Cumples recordar la sentencia hito sobre el punto:*

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática– de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato. CSJ SL 17442 de 2014 (...)» (negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, debe señalarse que del contrato individual de trabajo se extrae que el primer cargo para el que fue contratado el actor correspondió

a **Analista I (Proyectos – Control de Costos)** (fls. 11 a 16 y 93 a 101), cargo que fue modificado conforme se extrae de la documental que milita a folio 113 del expediente, en el que la demandada el 13 de enero de 2012 felicita al actor y lo promociona al cargo de **Analista II (Control Costos – Proyectos)** adicionalmente, le hace un incremento de salario correspondiente al 20%. Posteriormente, la accionada mediante comunicado con fecha 1 de marzo de 2012 (fl. 114) incrementó su salario en un 30%, asimismo, mediante comunicado del 13 de abril de 2013 (fl. 116) le informan que le realizan un aumento en un 12.5% sobre el salario actual y finalmente para el 14 de abril de 2014, la empresa le informa un incremento del 12.0% sobre su salario (fl. 117), en el que adujo la demandada como soporte para realizar los respectivos aumentos salariales, que correspondían a reconocimientos con relación a su desempeño individual así como las responsabilidades de su cargo como **Analista II (Control Costos-Proyectos)**.

De igual forma, también se allegó al infolio los desprendibles de nómina por pago de salarios al demandante del 1 de noviembre de 2012 hasta enero de 2016 (fls. 20 a 27 y 125 a 173) con cargo de Analista II (Control Costos-Proyectos), así como el acuerdo transaccional suscrito por las partes, en el que se consignó dentro de la situación fáctica, que el último cargo desempeñado por el actor correspondió al ya prenombrado (fls. 10 a 122) y en el que también, el **testigo Rodolfo Maldonado** en su calidad de **coordinador de talento humano** de la compañía, manifestó que el demandante tuvo como cargo el de Analista de Costos y que no recordaba que hubiese tenido otro cargo durante su vínculo laboral con la empresa.

Así las cosas, lo pretendido por el actor es que se declare la nivelación salarial teniendo como referencia al señor **Santiago Andrés Silva Contreras** “*quien se desempeñó igualmente en el cargo de Coordinador de Análisis Financiero Rubiales*” (fl. 4), planteando el actor, el pago de una diferencia salarial, producto de un cambio de cargo que no formalizó la empresa, esto es, no modificó su cargo como Analista II (Control Costos – Proyectos) pero ejerció funciones como **Coordinador de Proyectos**, conservando la asignación salarial del primer cargo, cuando el último cargo que ejerció era

superior, por lo que parte de una desigualdad entre lo percibido por Santiago Andrés Silva Contreras y lo percibido por él.

Así lo ratificó y amplió en **interrogatorio de parte**, cuando **manifestó** que no aceptaba que su último cargo haya sido el de Analista II de Costos y Proyectos, pues no se encontraba desarrollando las actividades propias de ese cargo ya que desde mayo de 2012 había sido nombrado como Coordinador Financiero y de Auditorias y ratificado en diciembre de 2013, en el que se le hizo entrega de unos asuntos propios de Santiago Silva quien fue su jefe inmediato y Coordinador de Proyectos y que había sido posteriormente ascendido como Líder de Proyectos, no obstante, aunque siempre reclamó su nivelación, la misma nunca se realizó.

Ahora bien, por su parte el señor **Santiago Andrés Silva Contreras**, en su calidad de **deponente** en el presente asunto y de quien pretende el demandante el pago de la diferencia salarial, manifestó todavía ser trabajador de la entidad demandada desde el año 2006, que trabajaron junto con el demandante en la gerencia de proyectos, no recordó exactamente la fecha de vinculación del actor indicando que más o menos había ingresado para el año 2010 o 2011 y que desconocía el cargo con el que había ingresado porque no estaba bajo su supervisión ni tampoco hacía parte del proceso de contratación de la compañía, que creía que era como Analista de Costos, agregó que fue líder de proyectos del demandante desde el año 2013 hasta el año 2016, en el que le él organizaba las funciones del demandante, correspondiéndole a este último, consolidar la información de campo Rubiales y que esa última función era similar a la que él desempeñaba (deponente) cuando era Coordinador de Proyectos y cuando pasó al cargo de Líder de Proyectos y que en este último, sus funciones se encontraban relacionadas a consolidar todos los bloques de proyectos así como los de otras petroleras, hacía todo lo relacionado con talento humano, esto es, tenía que realizar plan de vacaciones del personal a su cargo, capacitaciones, validar y revisar centro de costos no solo Rubiales sino otros como Sabanero, Rio Ariari, así como la elaboración y consolidación de todos los informes para presentar a la gerencia de proyectos.

Reconoció que en efecto el demandante realizaba una de sus funciones como Coordinador de Proyectos, esto es, lo correspondiente a la consolidación de información de campo rubiales, pero que esta función solo era una parte de otras funciones que realizaba como Coordinador de Proyectos y que las labores restantes de esta coordinación fueron delegadas a otras personas.

Conforme al acervo probatorio obrante en el expediente y contrario a lo afirmado por el recurrente con relación a la ausencia de valoración probatoria por el Juez de instancia, dentro del presente asunto no se encuentra plenamente demostrado que el señor JUAN PABLO GARZÓN desarrollara las mismas funciones a las que ejercía el señor **Santiago Andrés Silva Contreras** como **Coordinador de Proyectos** desde mayo de 2012 hasta el 28 de enero de 2016, en la que no se logra ni siquiera extraer, que existieran similares condiciones de eficiencia, rendimiento, igualdad o equivalencia de responsabilidades, carga probatoria que se encontraba a su cargo, pues el hecho que el testigo Santiago Silva haya indicado que en efecto el actor le fue asignada una de sus funciones, esto de ninguna manera lleva a concluir que en efecto el demandante tomó la totalidad de sus funciones o responsabilidades como Coordinador de Proyectos, por el contrario, el deponente fue claro en indicar que el demandante tomó solo una de sus funciones – *consolidación de información de campo rubiales*- pero que las demás fueron asignadas a otros trabajadores.

Ahora bien, debe precisarse que si bien el demandante allegó unos correos electrónicos como soporte de su *petitum* (fls. 28 a 38) en el que el día 7 de mayo de 2012 una señora de nombre Olga Lucía Quevedo dirige una comunicación al actor en el que le indica “(...) *ya nos mostraron el organigrama...ya oficial tu nuevo cargo...FELICITACIONES ahora si con todo para lo de tu apartamento (...)*” y otro comunicado generado el 12 de diciembre de 2013 en el que el señor Santiago Silva le dirige un correo a Milciades Donosor –*este último en calidad de gerente de proyectos tal y como manifestó el testigo Santiago Silva-*, en el que le indica “(...) *adjunto envió la revisión del organigrama de acuerdo a la reunión del día de ayer (...)*” y Milciades le contesta a Santiago Silva el 16 de diciembre de 2013 “(...) *Santiago, porque en el primer escenario aparece cpe6 tanto con Francisco y Juan Pablo? (...) Revisas y me cuentas por favor, en lo demás estoy de*

acuerdo (...)” y Santiago Silva le contesta a Milciades para esa misma fecha “(...) fue un error en el organigrama, solo estaría Juan Pablo Garzón como coordinador de CPE 6. Ya está corregido. Adjunto versión actualizada (...)” y para el 24 de enero de 2014 el señor Santiago Silva le comparte un correo a su equipo de trabajo, entre ellos al destinatario demandante –JUAN PABLO GARZÓN GARZÓN- en el que les indica “(...) les comparto el organigrama presentado y aprobado en la gerencia de proyectos para el año 2014, con el cual estamos adquiriendo nuevas responsabilidades y nuevos retos (...)”

No obstante lo anterior, con esa sola documental, no se puede inferir que en efecto el demandante realizó las labores como COORDINADOR FINANCIERO QUIFA- CPE 6, en primer lugar porque ese no fue el cargo del que solicitó la nivelación salarial bajo el principio -a trabajo igual salario igual- y del que adujo desempeñaba el señor Santiago Andrés Silva, aunado a ello, del cronograma allegado se encuentran consignados dos nombres en ese mismo cargo, el del actor así como el de un señor “FRANCISCO TORRES”, por lo que no se logra establecer cuál de las versiones aportadas correspondió a la final y que llevan forzosamente a confirmar la decisión del Juez de instancia frente a este tópico.

Aportes voluntarios a pensión – rendimientos

En lo atinente al pago que reclama con relación a *-los aportes voluntarios los cuales perdieron rentabilidad y que fueron consignados en el fondo mutual-* y de los que aduce en sus argumentos de disenso que corresponde a una absoluta responsabilidad por parte de la demandada ya que esta era la que determinaba el riesgo y que así se encontraba probado en el folio 58 así como la confesión realizada al momento de contestar la demanda.

Para despachar negativamente esta pretensión, resulta suficiente señalar en primer lugar que a folio 58 no existe documento alguno que haga mención a los aportes voluntarios que hacían en conjunto las partes ni mucho menos como era responsable la empresa con relación a los rendimientos obtenidos en los mismos y, con relación a lo afirmado por la demandada al momento de la contestación, era que este correspondía a un beneficio extralegal de

carácter no salarial y que por mera liberalidad se reconocía y que era decisión del trabajador si aplicaba o no a dicho beneficio.

Como respaldo de su dicho, allegó documento a folio 118 del expediente, en el que el actor autorizó a la empresa que de su salario básico mensual le descontaran el 7% a partir del mes de julio de 2012 por concepto de *-plan ahorro corporativo-* **para que fuera consignado a la administradora de fondo Voluntario de Skandia S.A.**, de igual forma, del incremento salarial realizado el 1 de marzo de 2012 le indicó al actor “(...) *si se encuentra interesado (a) en actualizar el monto de los aportes al Fondo de Pensiones Voluntarias o cuentas AFC, lo invitamos a reportar dicha novedad al área de nómina antes del día (...)*”.

Por su parte, el deponente Rodolfo Maldonado en su calidad de coordinador de nómina, también explicó de manera amplia con relación a los aportes voluntarios a pensión, que el demandante había pactado con la compañía los mencionados emolumentos y que consistía en que cada uno hacía unos aportes, tanto el trabajador en un 7% así como la empresa de un 7% y en la que tenían unas condiciones especiales para su retiro, esto es, con un mínimo de permanencia de 36 meses se obtenía un 30%, si la permanencia era 48 meses se obtenía un 60% y si era de 5 años se recibía el 100%, aclaró con relación a la desvaloración que adujo el demandante se había presentado, *está la tuvo fue la compañía demandada* ya que los del trabajador no se tocan y que el mercado pero que en nada tenía que ver Frontera Energy.

Finalmente también se arrimó al infolio, carta expedida por la demandada y dirigida al plan de ahorro corporativo Old Mutual (fl. 175) en el que la accionada certifica que el demandante laboró en la compañía hasta el 28 de enero de 2016 y que por esta razón solicitaba se le hiciera entrega del 100% de los aportes efectuados por el partícipe y el patrocinador.

Por lo anterior, resulta evidente que la compañía demandada ofrecía este plan de ahorro no de manera impositiva, sino que en efecto, los trabajadores, y en el caso en particular el actor era el que decidía si quería o no participar del mismo, nótese como el señor GARZON GARZÓN ingresó a la compañía

en junio de 2010 y solo se unió al beneficio hasta julio de 2012 y en el que de manera inequívoca el aporte realizado se consignaba a la administradora de fondo voluntario “Skandia hoy Old Mutual”, por lo que sin que se requiera realizar un análisis exhaustivo, es evidente que los temas de rentabilidad competen única y exclusivamente a estas administradoras, independientemente de los convenios comerciales o de otra índole que hubiera podido tener la demandada con las mencionadas.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se CONFIRMARÁ la decisión impartida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

C O S T A S

Costas en esta instancia a cargo de JUAN PABLO GARZÓN GARZÓN de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

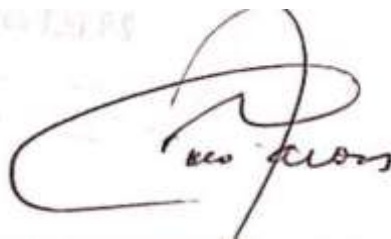
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

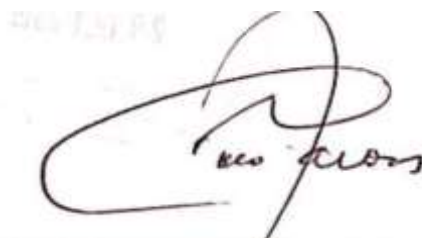


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JUAN PABLO GARZÓN GARZÓN, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JOSÉ FLAMINIO ARIZA MEDINA
- contra –LUIS ERNESTO MATEUS MATEUS y PACOMIO MATEUS
MATEUS.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JOSÉ FLAMINIO ARIZA MEDINA**, se **declare** que estuvo vinculado mediante contrato verbal a término indefinido desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 28 de marzo de 2014, en el establecimiento comercial propiedad de los demandados denominado CARNES MATIUS desempeñando el cargo de cortador de carnes, que se **declare** que entre las partes se pactó continuar con el contrato y continuar con el pago mensual de \$1.200.000 al haber existido sustitución de patronos e identidad en el establecimiento de comercio y en la que se acordó que le pagarían a diario la suma de \$40.000, en el que adicionalmente le pagaban por concepto de alimentación la suma de \$7.000 diarios, que se **declare** que el contrato se terminó por causa imputable al empleador y sin justa causa. Como consecuencia, se **condene** al pago de salarios del 28 de enero al 28 de marzo de 2014, así como los recargos y horas extra diurnas, recargos y horas extras, trabajo dominical y festivo atendiendo que laboraba todos los días de lunes a domingo de 7:30 am a 8:30 pm, asimismo, se **condene** al pago

de vacaciones, prestaciones sociales, sanción por no pago de intereses a las cesantías, pagos parafiscales, indemnización moratoria del art. 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no solicitar permiso ante el Ministerio de Protección Social al momento de la terminación de vínculo contractual laboral, perjuicios morales y las demás condenas conforme a las facultades ultra y extra petita junto con la **condena** en costas y agencias en derecho (fls. 2 a 5)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 18 a 19), señaló en síntesis, que el 01 de febrero de 2012 inició contrato de trabajo a término indefinido de modo verbal, en el establecimiento de comercio CARNES MATIUS, en el cargo de Cortador de Carnes, devengando como salario la suma de \$1.200.000, que se presentó sustitución de patronos sin modificarse y extinguirse su contrato de trabajo, que el horario de trabajo era de 7:30 am a 8:30 pm de lunes a domingo jornada de trabajo que adelantó hasta el 28 d marzo de 2014 fecha en la que los demandados dieron por terminado el contrato de trabajo sin efectuar la respectiva liquidación de contrato, así como tampoco le cancelaron los salarios del 28 de enero al 28 de marzo de 2014 abonándole solo para dicha data la suma de \$600.000, agregó que durante el vínculo contractual laboral le suministraron adicionalmente el almuerzo pero que no le cancelaron lo correspondiente a recargos, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales, las prestaciones sociales y vacaciones, ni mucho menos la indemnización por despido sin justa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PACOMIO METEUS MATEUS - contestó el introductorio (fls. 39 a 48), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, no aceptó ninguno, frente a los numerales 4, 6 a 7, 13 a 15 indicó no constarle y negó los restantes. **Señaló en síntesis**, que nunca existió con el demandante ningún contrato de trabajo verbal ni escrito y que del establecimiento de comercio CARNES MATIUS no es propietario. **Propuso** como **excepciones de fondo** las denominadas falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria, prescripción,

compensación, inexistencia de la mala fe y la genérica del artículo 282 del Código General del Proceso.

LUIS ERNESTO MATEUS MATEUS - contestó el introductorio (fls. 53 a 62), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, no aceptó ninguno, frente a los numerales 4 y 14 indicó no constarle y negó los restantes. **Señaló en síntesis**, que no laboró el demandante desde el mes de febrero de 2012 que si esto ocurrió lo fue con una persona diferente, que no conoció al antiguo empleador del demandante, que no ha sido dueño del establecimiento de comercio que menciona el actor ni mucho menos que la relación laboral se haya extendido hasta el 28 de marzo de 2014 y que los salarios y prestaciones reclamadas no estaban a su cargo. **Propuso** como **excepciones de fondo** las denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria, prescripción, compensación, inexistencia de la mala fe y la genérica del artículo 282 del Código General del Proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de agosto de 2019 (CD – fl. 90), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación, como consecuencia de ello, **absolvió** a los demandados PACOMIO MATEUS MATEUS y LUIS ERNESTO MATEUS MATEUS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSE FLAMINIO ARIZA MEDINA y **condenó** en costas al actor.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación lo establecido en los artículos 22 y 24 del CST, por lo que la carga de demostrar la prestación personal del servicio así como sus extremos laborales recaían sobre el demandante y trayendo a colación el acervo probatorio obrante en el expediente no logró demostrar la prestación de servicio, encontrando importantes contradicciones en las manifestaciones realizadas por los deponentes en el presente asunto y en otro o no veían al demandante y en otros no veían al demandado, así como tampoco existe congruencia con relación a los extremos relacionados en el libelo introductor, sin que el documento obrante en el infolio tenga la fuerza suficiente para probar la

prestación del servicio toda vez que de allí lo único que se extrae es una recomendación personal, por lo que procedió a absolver a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicando que el Juzgado había omitido valorar lo manifestado por uno de los demandados PACOMIO MATEUS, quien aceptó haber visto trabajar al demandante en un local de su propiedad, por lo que ante dicha aseveración se presumía entonces la existencia de una relación laboral, aceptando adicionalmente que lo veía trabajar entre semana e incluso los fines de semana cuando iba a visitar a su hermano, agregó que los demandados en las contestaciones de demanda afirmaron no conocer al demandante así como tampoco haber tenido relación laboral con el demandante, pero conforme a lo manifestado por los testigos, especialmente a lo manifestado por el demandado PACOMIO MATEUS reconoció que si había laborado con los demandados, así como el testigo OTTO DÍAZ quien afirmó que si vio al demandante laborar con los demandados, independientemente que no haya visto a los demandados, en el que se demuestra con el certificado de comercio que el local comercial era propiedad de los demandados, así como la certificación laboral a pesar que no señala la jornada laboral, si demuestra que el demandante laboró a servicio de los demandados junto con la prestación del servicio en el que devengaba el salario mínimo y que no fueron debidamente valorados los elementos probatorios.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si efectivamente en el presente asunto, el demandante logró demostrar la prestación personal de servicio a favor de los demandados y en caso afirmativo, si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con PACOMIO MATEUS MATEUS y LUIS ERNESTO MATEUS MATEUS, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por ésta y regido por normativas ajenas al

derecho laboral. Asimismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral, determinar si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el libelo demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Debe precisarse, que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor de un trabajador demandante, se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral.

Al respecto, el artículo 23 del CST establece que para la existencia de un contrato de trabajo, se requieren tres elementos; 1) la actividad personal del trabajador, 2) la continua dependencia del trabajador respecto del empleador, y 3) un salario como retribución del servicio.

A su vez, se tiene que el artículo 24 del CST establece *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Precisado lo anterior, se tiene que el demandante en el **libelo introductor**, afirmó que desde el 1 de febrero de 2012 y hasta el día 28 de marzo de 2014 estuvo vinculado mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido **prestando sus labores en el establecimiento de comercio CARNES MATIUS ubicado en la -Carrera 40 1H-47-** y que se presentó sustitución de patronos pero sin modificarse ni extinguirse el vínculo, durante su permanencia en ese local comercial.

Situación a la que se opuso los demandados, indicando en primer lugar el señor **PACOMIO MATEUS**, no haber celebrado ningún contrato de trabajo verbal o escrito, así como tampoco ser dueño de ningún establecimiento de

comercio con ese nombre y ubicado en la Carrea 40 #1h-47 y que el solamente era un proveedor de carne de varias carnicerías.

Por su parte, el demandado **LUIS MATEUS**, manifestó que el demandante no había laborado desde el mes de febrero de 2012 y que si esto ocurrió fue con una persona diferente y frente a su lugar de trabajo, de igual forma se opuso que el extremo final hubiese correspondido al 28 de marzo de 2014 y que con relación al certificado indicó que temerariamente aprovechándose de la confianza, le solicitó una recomendación que utilizó en el presente proceso como una certificación laboral.

En este punto es importante precisar, que el señor PACOMIO MATEUS MATEUS allegó al infolio el certificado de cámara y comercio (fl. 49 a 50) con establecimiento de comercio de su propiedad -Districarnes Matius Bolivar con Dirección Comercial: Calle 78 No. 63 – 89- y LUIS MATEUS MATEUS también allegó el certificado de cámara y comercio (fls. 63 a 64) en el que se registra como establecimiento de comercio de su propiedad -Carnes El Prado con Dirección Comercial: Carrera 40 No. 1H-39-.

Ahora bien, debe precisar la Sala que en **interrogatorio de parte** absuelto por el **actor incluyó una situación fáctica que no relacionó en el escrito inaugural**, indicando que en **febrero de 2012** había ingresado a laborar con la Señora **Solanyi González** prestando sus servicios hasta **marzo de 2014** quien a su vez laboraba con con el señor PACOMIO MATEUS pues él le vendía el ganado y que esta señora al no poder cancelar la carne que ste le vendía, le entregó su negocio como pago el 28 de enero de 2014 o el 11 de enero de 2014, aclarando entonces que la labor la había prestado para la referida señora hasta esa fecha y que al momento de la venta acordaron que continuara trabajando ahí con ellos con la misma remuneración - \$1.200.000-, agregó que el señor PACOMIO MATEUS le había vendido el negocio a LUIS MATEUS el 11 de marzo de 2014 y que a partir de allí siguió trabajando con el señor LUIS MATEUS hasta el 28 de marzo de 2014, sin que le pagaran los salarios de enero a marzo de 2014.

Agregó, que no sabía cómo se llamaba la “fama” que creía que era CARNES MATIUS cuando la compró PACOMIO MATEUS y que después volvió a

modificarle el nombre cuando la compró el señor LUIS MATEUS pero que no se acordaba con que nombre había lo habían registrado, que el negocio quedaba ubicado en la Carrera 40 con Calle 1 en el barrio Carabelas, agregó que la señora Solanyi le había pagado los salarios así como el almuerzo pero que el señor PACO MATEUS no le había pagado nada y que este iba al negocio de carnes semanalmente 1 o 2 veces a decirle que le cuadrara las neveras, hacer el aseo, atender el público y cortar las carnes.

Por su parte, en **interrogatorio de parte** el demandado **PACOMIO MATEUS**, señaló que se dedicaba al comercio, que nunca había trabajado con él el actor pero que si lo conocía por ser paisanos del pueblo La Paz-Santander y que **lo veía en diferentes partes de Bogotá trabajando**, asimismo afirmó que conocía a la señora Solanyi González porque le vendía carne en el barrio Carabelas ubicado en la carrera 40 con calle 1 en una distribuidora de carnes y que no recordaba el nombre del establecimiento y que le suministró carnes por 5 años desde el año 2012 hasta principio del año **febrero de 2015** cuando la referida señora le vendió el negocio a su hermano LUIS MATEUS y que él (PACOMIO MATEUS) era codeudor del arrendamiento del local que su hermano había tomado.

Indicó que sabía que el demandante había laborado para la señora Solanyi pero no recordó por cuanto tiempo, que asistía al negocio de carnes 1 o 2 veces a la semana y era ahí cuando veía al demandante trabajando y que no sabía con exactitud que funciones realizaba el actor ya que la carne se la entregaba directamente a la señora Solanyi, que creía que cuando el hermano compró el negocio el demandante ya no laboraba ahí en la distribuidora de carnes, que quienes atendían ese negocio estaba el hermano con la señora.

Más adelante, corrigió su versión indicando que el negocio no se la había vendido a su hermano LUIS MATEUS sino que por una deudas que tenía la señora Solanyi le cedió el negocio a él (PACOMIO MATEUS) en **enero o febrero de 2015** que lo había tomado como pago y que a su vez se lo había entregado a su hermano LUIS MATEUS de forma inmediata y agregó que le parecía que si estaba el demandante al momento en que le recibió.

De igual forma, en **interrogatorio de parte** el demandado **LUIS ERNESTO MATEUS MATEUS** manifestó que se dedicaba al comercio de carnes y que nunca había laborado el demandante a su servicio que lo conocía hace 12 años por ser paisanos de LA Paz - Santander y que no lo vio laborando en un negocio de carnes en el barrio Carabelas entre los años 2012 al 2015 ni mucho menos en el negocio que adquirió a través de su hermano PACOMIO MATEUS, agregó que no conoció a la señora Solanyi que solo escuchó hablar de ella, indicó tener un negocio en el barrio Carabelas desde el **1 de febrero de 2015** y que lo adquirió a través de su hermano PACOMIO MATEUS cuando se lo vendió en \$25.000.000 de forma verbal, que no sabe si antes habían trabajadores pero que desde el momento en que lo compró el empezó a trabajar solo sin ningún empleado y que solo trabaja con su esposa y que desconocía las condiciones en que había adquirido el negocio su hermano PACOMIO MATEUS, acotó que la certificación que se encontraba con su firma había correspondido a una carta elaborada por el demandante y que solo tenía que dar fe que lo conocía que era honesto y que por eso fue que la suscribió porque el actor le había dicho que la necesitaba para un trabajo, firmándole pero sin desconfiar del contenido de ese documento y que correspondía a una recomendación personal.

Ahora bien, del **certificado** que mencionó LUIS MATEUS en su interrogatorio de parte y que milita a folio 11 del expediente y del que se extrae que en efecto fue **suscrito** por este accionado, en el mismo se consignó lo siguiente: *“(...) con la presente me permito RECOMENDAR, al Sr. JOSE FLAMINIO ARIZA MEDINA, c.c. 17.152.004 de Bogotá, como persona responsable y cumplidora de sus deberes, a quien conozco hace más de 20 años, con experiencia en el corte de Carnes, **y que laboro con el suscrito.** El señor ARIZA, es persona honesta, y por tanto pueden recibir de mi parte la mejor recomendación (...) Se expide a solicitud de CARNES LA FUSAGASUGUEÑA, a los **27 días del mes de Enero de 2017**”* (negrilla fuera de texto)

Por su parte, **el testigo OTTO NOEL DÍAZ**, manifestó que conocía el demandante hace 10 o 15 años porque eran paisanos de la Paz Santander, que había trabajado con él (deponente) en una fama en el barrio Coruña y era familiar de una tía suya (deponente), indicó que también conocía al

señor PACOMIO MATEUS así como a LUIS MATEUS hace 10 o 15 años por ser paisanos también del referido pueblo, agregó que también conocía a la señora Solanyi que habían adquirido la “fama” de la mencionada los señores PACOMIO MATEUS y LUIS MATEUS ubicado en el barrio Carabelas – Carrera 40 con 1- y que en ese entonces el demandante trabajaba con la señora Solanyi, y aunque acotó no saber muy bien cuál de los dos hermanos (PACOMIO o LUIS) le compraron la “fama”, asentó que el demandante si continuó prestando sus labores a favor de los mencionados señores, ya que en ocasiones iba para pedirle favores al demandante por un negocio que tenía y aprovechaba un domingo en la tarde, o un lunes festivo o a veces entre semana tipo 5 pm o 6 pm, encontrando al actor desempeñando las cargos de oficios varios en una fama, despostando carne haciendo aseo, no obstante indicó no recordar las fechas en que el actor prestó servicios ni para Solanyi ni para los hermanos Mateus y que cuando fue a visitarlo no se encontraban los hermanos MATEUS y que estaba como una administrador pero tampoco recordó su nombre.

Conforme a lo anterior, es oportuno recordar que conforme al artículo 167 del CGP, las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden y si bien el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume la existencia del contrato de trabajo con la sola prestación personal del servicio, lo cierto es que en el presente asunto y en los términos considerados por el *a quo*, no se demostró que el demandante realmente laborara a servicios de los demandados dentro del interregno consignado en el libelo introductor **-01 de febrero de 2012 al 28 de marzo de 2014-**, y conforme se pasa a exponer a continuación:

- En el libelo introductor indicó el actor que su contrato había dado inicio el 1 de febrero de 2012 en un establecimiento de comercio denominado CARNES MATIUS, no obstante y conforme a los certificados de comercio allegados por el extremo pasivo ninguno de los señores MATEUS MATEUS registra bajo su propiedad un establecimiento comercial con ese nombre, aunado al hecho, que cuando se le indagó al actor en interrogatorio de parte manifestara el nombre del establecimiento en el que trabajaba no lo recordó e indicó

que creía que era CARNES MATIUS; asimismo también se extrae, que las direcciones comerciales ninguna coincide con la consignada en la demanda, razón por la que el demandado LUIS MATEUS al momento de contestar la misma, precisó que si se había presentado una relación laboral dentro del periodo de tiempo pretendido era con una persona diferente y frente a su negocio, pues huelga recordar que la dirección de la demanda era Carrera 40 Calle 1H -47 y la del demandado es Carrera 40 # 1H -39. Situación que se acompasa con la manifestado por el testigo OTTO DÍAZ quien indicó que por la edad del demandante, laboraba en varias carnicerías y por ello no lo ponían trabajar jornadas continuas.

- Asimismo, debe precisarse que la sustitución patronal pretendida en la demanda lo era entre los señores PACOMIO MATEUS y LUIS MATEUS y en el que si bien en el hecho 1 contenido en la demanda, no indicó con cuál de los dos señores MATEUS MATEUS había celebrado el acuerdo de voluntades verbal para el 1 de febrero de 2012, lo cierto es que no lo fue ninguno de los aquí demandados, conforme lo manifestó en interrogatorio de parte el actor cuando señaló que había sido con la señora Solanyi Rodríguez que lo había contratado en el establecimiento de comercio en **febrero de 2012** mencionando haber trabajado con la referida señora hasta marzo de 2014 y después, modificó las situaciones de modo tiempo y lugar manifestando de cómo había laborado para la mencionada señora hasta enero de 2014, momento en el cual el señor PACOMIO MATEUS adquirió el negocio de carnes en enero de 2014 y hasta 11 de marzo de 2014 trabajando a servicio del referido demandado y que desde esa fecha hasta el 28 de marzo de 2014 su ultimo empleador había sido LUIS MATEUS, no obstante ninguna de estas situaciones fácticas fueron puestas de presente en el escrito inaugural, así como tampoco demostradas con el acervo probatorio obrante en el infolio.
- Por su parte el señor PACOMIO MATEUS en interrogatorio de parte no desconoció la situación fáctica puesta de presente por el actor en interrogatorio de parte con relación a la cesión o venta del negocio de carnes por parte de la señora Solanyi Rodríguez, aceptando

inicialmente, que quien había adquirido la carnicería era su hermano LUIS MATEUS mas o menos en **enero o febrero de 2015** ante la deuda que tenía con él de las carnes que le entregaba, después modificó su versión indicando que el negocio si lo había tomado él para inicio del año 2015 pero que acto seguido se lo había cedido a su hermano LUIS MATEUS y que creía que para el momento en que le entregaron la “fama” el demandante laboraba allí pero que desconocía las funciones que realizaba ya que el solo iba al negocio de la señora Solanyi a entregarle la carne así como a cobrarle el dinero, por lo que conforme a lo manifestado no se acompasa con las fechas puestas de presente por el actor en el interrogatorio de parte.

- Manifestado a su vez el demandado LUIS MATEUS en interrogatorio de parte, que su hermano PACOMIO MATEUS le había vendido el negocio para febrero de 2015 y que al recibirlo no tenía trabajadores y que él asumió la venta de la carne junto con su esposa, por lo que guardó congruencia con lo manifestado por PACOMIO pero no con lo declarado por el demandante.
- Ahora bien, nada se logra extraer del testimonio del señor OTTO NOEL DÍAZ, pues si bien hizo una amplia exposición de como conocía cada una de las partes mencionadas en el proceso, esto es la contratación inicial del demandante por parte de Solanyi, la venta de su negocio de carnes de la señora Solanyi a los hermanos MATEUS, visitas que le realizaba al actor en el referido lugar en la que le constaba las situaciones de como adelantaba la labor, lo cierto es que no recordó las fechas en las que se desarrollaron las situaciones fácticas por él narradas, limitándose a indicar que creía que el demandante había laborado con la señora Solanyi para los años 2010 o 2011 y que con los hermanos MATEUS una vez ellos habían adquirido el negocio de carnes de la señora Solanyi creía que el demandante había laborado para ellos entre el año 2012 y creía que ese contrato se había terminado en junio de 2015 porque para dicha data de había ido (deponente) para su pueblo La Paz Santander, aunado al hecho que mencionó que cuando lo visitaba estaba con un señor o un administrador diferente a los demandados, pues señaló conocer a los

hermanos MATEUS desde hace 15 años por ser “paisanos” del Municipio de La Paz – Santander.

- A la misma conclusión se llega con el testimonio del señor TOMAS HERNÁNDEZ, pues este solo manifestó que conocía al demandante hace unos 15 años porque era de su pueblo La Paz -Santander, que no le constaba que el demandante laborara a favor de los demandados y que lo único que le constaba era que LUIS MATEUS era dueño de una fama ubicada en el Barrio Carabela porque la había comprado en el año 2015 y que a partir de ese entonces empezó a frecuentarlo en el negocio en el que le compraba la carne y lo visitaba porque eran amigos pero que no vio el demandante ni antes del año 2015 ni a partir de dicha data ya que el señor LUIS MATEUS solo estaba allí con su esposa atendiendo el negocio.
- Ahora bien, con relación al certificado que milita a folio 11 el expediente suscrito por el demandado LUIS MATEUS que fue traído a colación en precedencia, en el que manifestó en interrogatorio de parte que había sido asaltado en su buena fe, ya que el demandante le había solicitado era una recomendación personal y que de manera fraudulenta introdujo en esa constancia que “había laborado con él”; argumentos estos que claramente no acoge la Sala, en primer lugar porque cuando le preguntaron sus generales de Ley indicó que sabía leer y escribir y adicionalmente por el valor probatorio de los certificados laborales que de manera reiterada la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, sentencias con radicado 38666 del 30 abril de 2013 y SL17514-2017 le ha dado a este documento; y si bien no desconoce la Sala que se consignó de manera inequívoca la existencia de una relación laboral, nada se logra extraer de ella, ya que que no se consignaron en la misma los extremos de la relación laboral, aunado a la fecha de elaboración **-27 de enero de 2017-, en la que claramente** no coincide con el interregno relacionado por el actor en la demanda y que llevara a concluir una situación fáctica diferente.

Nótese entonces como, por su parte el demandante aduce haber existido un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 28 de marzo de 2014 y que fue objeto de sustitución patronal, situación a la que se opusieron los demandados MATEUS MATEUS argumentando que si bien adquirieron un negocio lo fue para los meses de enero o febrero del año 2015 sin recordar si estaba allí o no el demandante (PACOMIO MATEUS) o negarlo rotundamente (LUIS MATEUS), lo cierto es que al tratarse de su propia y particular versión, no tienen virtud probatoria en el presente asunto, pues emanan de la propia parte y por principio general nadie puede fabricar su propia prueba (CSJ SL de 2008 Rad. 31637, CSJ SL de 2012 Rad. 39292 y CSJ SL 5109 de 2020) y se insiste, no existe una sola prueba que ratifique la labor desarrollada por el actor a servicio de los aquí demandados en los extremos de la relación laboral consignada en la demanda, por el contrario, se podría tomar como confesión lo manifestado inicialmente por el actor en su interrogatorio de parte que la relación laboral que reclamaba se había dado con la señora Solanyi Rodríguez entre febrero de 2012 a marzo de 2014 por lo que no le adeudarían nada los demandados, o en su defecto lo manifestado por el testigo OTTO DÍAZ cuando indicó que las veces que iba a visitarlo estaba un señor que ejercía como la administración del lugar ya que nunca vio a los demandados por lo que sus empleador se trataba de una persona diferente a las aquí convocadas, o que la relación laboral solo se dio con el demandado LUIS MATEUS conforme se consignó en el certificado para el año 2017 pero del que no se logra extraer las situaciones de modo, tiempo y lugar en las que pudo haber desarrollado dicha labor o en su defecto todos los hechos con el señor PACOMIO se presentaron a partir de enero o febrero de 2015.

Debe precisar adicionalmente la Sala, que si bien sería el caso entrar a revisar la conducta procesal asumida por los demandados al momento en que contestaron la demanda y lo manifestado en sus interrogatorios de parte con relación al proceso de compra y venta del negocio de carnes de propiedad de la señora Solanyi Rodríguez y la falta de prueba como soporte de su dicho, también lo es que tal y como quedo precisado en precedencia, esa situación fáctica solo fue traída a colación por el demandante al

momento de absolver el interrogatorio de parte, aunado al hecho que tampoco demostró que el establecimiento de comercio CARNES MATIUS donde afirmó realizó las labores en el interregno reclamado fuera propiedad de los aquí demandados.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

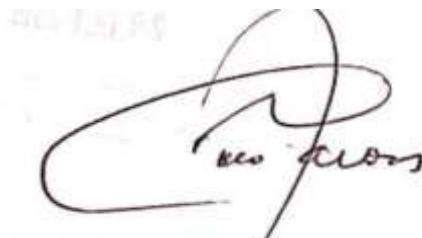
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

R E S U E L V E

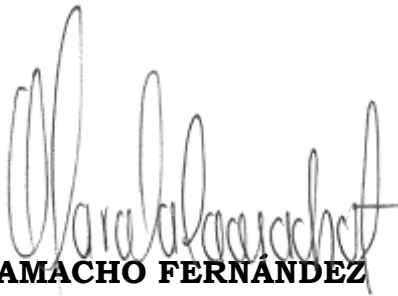
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

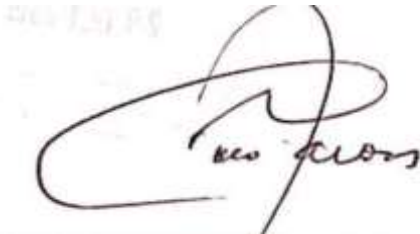


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JOSE FLAMINIO ARIZA MEDINA., la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – NELLY VARGAS JIMÉNEZ- contra
– SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **NELLY VARGAS JIMÉNEZ**, se **declare** que es ineficaz el traslado realizado a través de formulario y por el que efectuó la afiliación al RAIS a PROTECCIÓN S.A., se **declare** que continua válidamente afiliada al RPMPD a través de COLPENSIONES, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes junto con sus rendimientos desde febrero de 2006 hasta la fecha en que se efectúe el traslado se ordene a COLPENSIONES a recibirlos y se **condene** en costas a las demandadas (fl. 2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló en síntesis, que nació el 10 de septiembre de 1963 y que en la actualidad tiene 54 años de edad, que actualmente cuenta con un total de 1.364, 28 semanas

las cuales se encuentran cotizadas tanto en el RPMPD y RAIS, que no es beneficiaria del régimen de transición y que para el 26 de febrero de 2006 firmó afiliación al RAIS a través de PROTECCIÓN, sin suministrarle una propuesta debidamente explicada, clara, completa con relación a su situación pensional, ni las consecuencias del cambio, que una vez realizados los cálculos entre uno y otro régimen tendría una diferencia notable en su mesada pensional, que si bien solicitó ante las entidades la ineficacia del traslado de régimen realizado, la misma se resolvió de manera desfavorable a sus pretensiones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 59 a 68), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos el numeral, y señaló no constarle los demás numerales, propuso como excepciones de fondo buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 83 a 88), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1 a 2, 5, 13 a 14, no ser ciertos los numerales del 7 a 9 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas eficacia del traslado de régimen realizado, inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, prescripción y excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de diciembre de 2019 (CD – fl. 107) **declaró** la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante a la AFP Santander hoy AFP PROTECCIÓN suscrita el 15 de febrero de 2006, **declaró** que para todos los efectos la demandante nunca se trasladó al RAIS y como consecuencia permaneció en el RPM, **ordenó** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 C.C., esto es, con los rendimientos causados en la cuenta o al momento de traslado sin poder realizar deducción alguna, **ordenó** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su Historia Laboral, una vez reciba los dinero de la AFP PROTECCIÓN, **declaró** no probada la excepción de prescripción y no **condenó** en costas.

Como **fundamentó de su decisión**, indicó que a partir del 1 de abril de 1994, se establecieron 2 regímenes pensionales el RPM y el RAIS y adicional a ello se estableció la posibilidad de que el afiliado eligiera en que régimen decidía vincularse y con relación a la afiliación y selección de régimen trajo a colación la Jurisprudencia que ha girado en torno al tema, esto es, el deber de informar precedida de una información clara y comprensible sobre las consecuencias favorables que la decisión acarrea, sin que se tratara de adherirse a una clausula genérica sino haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada explicando que la libertad informada es un derecho que está condicionado al régimen pensional y que en ausencia de este procedía la ineficacia y que la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 CGP se encuentra en cabeza del régimen de ahorro individual, en este caso en SANTANDER y la AFP PROTECCIÓN, por lo que se evidenciaba que la demandante se había vinculado al RAIS a través de Santander hoy Protección el 15 de febrero de 2006 mediante la suscripción del formulario, sin que haya acreditado que había cumplido con ese deber de informar, ya que el formulario correspondía a una proforma y reiteró que cuando el afiliado afirma que no se le brindó información debe aplicarse la inversión de la carga de la prueba y por tanto, si el cotizante alega que no recibió la información debida es un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca.

Aunado al hecho que la demandante contaba con 43 años de edad, en esa medida si debía permanecer en el RPM ya que en el RAIS 5 años no estaba en la posibilidad de retornar al RPM por la prohibición establecida en la ley 797 de 1993, pues cuando lo quiera hacer le faltarían menos de 10 años para hacerlo, por lo que ante el incumplimiento en el deber de brindar

información lo procedente era declarar la ineficacia de la afiliación del RAIS, declarando adicionalmente no probadas los medios exceptivos propuestos.

APELACIÓN

La parte demandada PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, aduciendo que en los casos donde se declara la ineficacia lo equitativo es que la demandante se lleve su capital con rendimientos y que la AFP se quede con los gastos de administración y sin tener que devolver los seguros de preservación, ya que esto constituiría un enriquecimiento injustificado, cuestionando que la demandante no tuvo en el presente asunto asunto diligencia y cuidado.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, aduciendo que la parte actora no era beneficiaria del régimen de transición, que es la única condición que le permite retornar a una afiliada en cualquier tiempo y que del interrogatorio de parte se desprendía que si bien se alegaba la falta de información y vicio en el consentimiento, también quedó probado que tenía conocimiento de cuáles eran las características de uno y otro régimen, siendo así que solo realizó una solicitud formal de traslado en el año 2017, cuando ya se encontraba dentro de una prohibición legal, y solicitó que si se confirmaba el fallo no se condenara en costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Santander hoy PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, sin que esto constituya una carga desproporcionada en los términos precisado por la pasiva recurrente, toda vez que al tratarse de una negación indefinida en los términos precisados por el artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba debiendo las administradoras que cumplieron con el deber de informar, sin que al demandante tenga que probar nada referente al asunto. De igual forma se precisa, que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, en los términos precisados por el recurrente COLPENSIONES.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora NELLY VARGAS JIMÉNEZ el 15 de febrero de 2006, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP SANTANDER (fl. 47 y 103), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de abril de 2006 (fl. 100), encontrándose afiliada en la actualidad en esta entidad, efectuando cotizaciones en éste régimen desde marzo de 2006 a la fecha (fls. 31 a 40). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 25 de enero de 1985 hasta el 28 de febrero de 2006.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a Santander hoy PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 47 y 103 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente (CSJ SL 4426-

2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien la demandante permaneció un tiempo considerable en el RAIS tal y como lo cuestiona COLPENSIONES, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor de Santander, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

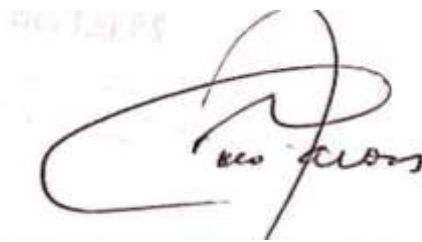
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de diciembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – DANIEL JULIÁN MENDEZ ESTOR
- contra –SELECTIVA S.A.S. y RCN TELEVISIÓN S.A.-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **DANIEL JULIÁN MÉNDEZ ESTOR**, se **declare** que entre las sociedades SELECTIVA SAS y RCN TELEVISIÓN S.A. existió un contrato de trabajo, percibiendo como salario la suma de \$2.800.000. Como consecuencia, se **condene** a pagar cesantías de los años 2017 y 2018, así como las vacaciones, primas de servicios, intereses a las cesantías dado que al finalizar la relación laboral no le pagaron sobre su base salarial sino por \$2.000.000, de igual forma, se **condene** al pago por 23 días de salario, se **condene** al pago de la indemnización moratoria y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 3)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló en síntesis que, el día 22 de agosto de 2017 se vinculó con SELECTIVA para trabajar en misión en RCN TELEVISIÓN, realizando labores de activador de comunidades con el producto denominado -IQOS (cigarrillos electrónicos), que el salario correspondió a la suma de \$2.800.000 pagados por periodicidad quincenal y por transferencia bancaria de los cuales se descontaba lo

correspondiente a la seguridad social, desempeñando las labores en la ciudad de Bogotá y que la labor la desarrolló obedeciendo las instrucciones y cumpliendo el horario de RCN TELEVISIÓN, agregó que laboró hasta el día 23 de febrero de 2018 conforme a carta de terminación de contrato.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SELECTIVA S.A.S contestó la demanda (fls. 62 a 75). Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aceptó los numerales 1, 3,5,7, 11 a 12 y negó los restantes. **Indicó en síntesis**, que el trabajador si fue contratado y enviado en misión a RCN TELEVISIÓN con el objetivo de aumentar la fuerza de ventas en un proyecto de Coltabaco y que el salario pactado correspondió a la suma de \$ 2.000.000, aceptó que se pagaba cada quince días y en la cuenta de ahorros cuyo titular era del demandante, indicó que el contrato se había terminado el 30 de enero de 2018 y que solo se acercó a reclamar la liquidación el 23 de febrero de la misma anualidad, por lo que no había lugar al pago de los días que reclamaba, aceptó que RCN TELEVISIÓN impartió instrucciones bajo la figura de la subordinación delegada y finalizó indicando, que todo se había pagado al trabajador conforme a lo devengado. **Propuso como excepciones de fondo:** cobro de lo no debido, compensación, buena fe y genérica.

La sociedad **RCN TELEVISIÓN SA** contestó la demanda (fls. 130 a 138). Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Negó los hechos 6 a 7 y 13 y no constarle los demás. **Señaló en síntesis**, que entre el demandante y esa sociedad no había existido vínculo contractual de ninguna naturaleza y acotó que el 1 de enero de 2017 celebró un contrato comercial con la empresa de servicios temporales SELECTIVA SAS en la que se obligaba a suministrar trabajadores en misión para atender necesidades puntuales de RCN TELEVISIÓN ante el incremento de la producción y que se dio ante el contrato de prestación de servicios que había suscrito con la Compañía Colombiana de Tabaco SAS – Coltabaco- y que estuvo vigente entre el 17 de febrero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018, situación por la que requirió trabajadores en misión, y acotó que de haber algún tipo de obligación se encontraba a cargo de la empresa de servicios temporales y no

de la empresa usuaria. **Propuso** como **excepciones de fondo**: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de septiembre de 2019 (CD – fl. 174), **condenó** a la sociedad SELECTIVA SAS en calidad de empleador del demandante y solidariamente a RCN TELEVISIÓN S.A a pagarle al demandante la suma de \$1.533.333 a título de indemnización por falta de pago, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas y **condenó** en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien se pretendía se declarara la existencia de una relación laboral con las demandadas, lo cierto era que se interpretaba, que lo pretendido con relación a RCN era una solidaridad. Acto seguido acotó, no ser objeto de controversia lo correspondiente a la modalidad contractual entre el demandante y SELECTIVA SAS, no obstante y con relación a los extremos de la relación laboral, trajo a colación el acervo probatorio obrante en el expediente, en el que concluyó que el extremo final correspondía al 30 de enero de 2018 y no al 23 de febrero de 2018 tal y como lo reclamó en el libelo demandatorio, al no existir evidencia de actividades laborales realizadas con posterioridad a dicha data, y como extremo inicial indicó que correspondía al 22 de agosto de 2017.

Con relación a la asignación salarial, consideró que en el presente asunto existió pacto de exclusión salarial con relación a los auxilios percibidos por el actor, precisando que auxilio de transporte no era constitutivo de salario, sumado a lo manifestado por uno de los testigos con relación a los desplazamientos que realizaba en la labor para la que fue contratada el actor. Frente a la pretensión de condena por indemnización moratoria, acotó que la relación laboral había finiquitado el 30 de enero de 2018, y que si ya SELECTIVA tenía conocimiento que la relación laboral había de terminarse para esa fecha, debió tener listo los emolumentos finales y no cancelarlos hasta el 23 de febrero de 2018 aduciendo situaciones de orden administrativo de los que no tenía por qué soportar el demandante, por lo que procedió a impartir condena a SELECTIVA en la suma de \$66.700

diarios para un total de \$1.533.333 y con relación a la responsabilidad solidaria de la interpretación de la demanda realizada, condenó a RCN como responsablemente solidario conforme al contrato de prestación de servicios, quien ostentaba la calidad de contratista y se ubicaba como beneficiario de la obra conforme lo establece el artículo 34 del CST.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que todo emolumento que recibe el trabajador se considera salario independientemente del nombre que se le dé y que quedó demostrado que el demandante recibía la suma de \$2.800.000, aunado al hecho que el acuerdo de exclusión suscrito entre las partes, se pactó con posterioridad a la finalización del vínculo contractual. Adicionalmente adujo, con relación al extremo final, que atendiendo lo manifestado por la testigo de SELECTIVA que esa relación comercial con RCN había terminado el 30 de abril de 2017, por lo que la culminación de sus labores si fue para el 23 de febrero y se le debían esos días de salarios.

La parte demandada SELECTIVA SAS interpuso recurso de apelación con relación a la condena por 22 días de mora en el pago final de acreencias laborales, indicando que el trabajador no prestaba un servicio de manera directa a la empresa de servicios temporales sino a la usuaria bajo la figura de la subordinación delegada, por lo que ante esa situación se debía esperar la orden de retiro de la empresa usuaria a efectos de validar permisos, incapacidades, la venta del producto que le generaba comisiones, por lo que el plazo resultaba razonable a efectos de establecer los montos que deben cancelarse a la liquidación de contrato, sin que en dicho trámite se hubiera tomado más de un mes.

La parte demandada RCN TELEVISIÓN SA interpuso recurso de apelación con relación a la solidaridad y a la condena en costas, manifestando que el vínculo con esa sociedad fue la de suministro de personal bajo la figura del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y no de la de contratista independiente de que trata el artículo 34 CST, pues conforme al objeto social de SELECTIVA S.A.S corresponde a la de una empresa de

servicios temporales, siendo esa entidad la encargada de reconocer las reclamaciones por concepto de reclamaciones sociales, salarios que eventualmente se llegasen a condenar, por lo que jurisprudencialmente no existía solidaridad con la usuaria del servicio, oponiéndose adicionalmente, a la condena de la indemnización moratoria y de la que se condenó el pago solidario. pues no había existido mala fe por parte de SELECTIVA SAS, al explicar ampliamente las razones por las cuales se tomaba el término correspondiente para proceder a efectuar las liquidaciones de contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si debe declararse como extremo final de la relación laboral entre DANIEL JULIÁN MENDEZ ESTOR y SELECTIVA SAS el 23 de febrero de 2018, asimismo, determinar si el auxilio de alimentación y rodamiento percibido durante la vigencia de la relación laboral era constitutivo de salario y con ello estudiar lo correspondiente a las reliquidación solicitada y de igual forma, deberá determinarse, si debe o no condenarse a la demandada SELECTIVA SAS al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y en caso afirmativo, si la demandada RCN TELEVISIÓN S.A. es solidariamente responsable de las condenas a imponer.

Contrato laboral

En el presente asunto no existe discusión en cuanto a la relación laboral queató al señor DANIEL JULIÁN MÉNDEZ ESTOR con SELECTIVA SAS el cual tuvo vigencia desde el 22 de agosto de 2017, a través de un contrato laboral por obra o labor determinada, en el cual el demandante se desempeñó en el cargo de ACTIVADOR DE COMUNIDADES y que de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 su contratación se efectuaba para “**aumentar la fuerza de ventas del proyecto –Coltabaco–**” devengado como salario básico mensual la suma de \$2.000.000, contrato que culminó ante la finalización de la obra o labor que le fue encomendada (fls. 11 a 11 vto, 86 a 86 vto, 115, 116).

Extremo final laboral

Tal y como quedo acotado en precedencia, no existe controversia con relación al extremo inicial del vínculo laboral (22 de agosto de 2017), no obstante, recurre la demandante la decisión frente al extremo final, indicando que en el presente asunto quedó ampliamente demostrado que la finalización del vínculo se dio para el 23 de febrero de 2018.

Conforme a lo anterior, se tienen como **pruebas documentales** las siguientes:

- **Contrato de Trabajo** por el término que dure la **obra o labor determinada** (fls. 11 a 11 vto y 86 a 86 vto), **suscrito entre el demandante y SELECTIVA SAS**, que en su cláusula segunda, pactaron **duración del contrato** la siguiente: *“(...) El tiempo requerido para la realización de la obra o labor contratada. La labor contratada realizada particularmente por el trabajador es la prestación del servicio indicado en el encabezamiento, el cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO, a juicio de este último o en su defecto hasta por el término del contrato comercial suscrito entre esta y la empresa de servicios temporales. En consecuencia este contrato único para este evento en particular terminará en el momento en que el usuario comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del trabajador, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna (...)”*
- **Certificación laboral** expedida por la demandada **SELECTIVA SAS** en la que dejó constancia que el demandante mediante contrato por obra o labor, se desempeñó como ACTIVADOR DE COMUNIDADES, en la empresa usuaria RCN TELEVISIÓN S.A. con fecha de ingreso 22 de agosto de 2017 y **fecha de retiro 30 de enero de 2018** (fl. 12).
- Petición realizada por el demandante dirigida a SELECTIVA SAS con fecha 14 de marzo de 2018, solicitando entre otros, el pago por **23 días** del mes de **febrero de 2018**, al no haber sido relacionados en el cheque del que le habían hecho entrega (fl. 14) y del que SELECTIVA

SAS suministró respuesta por **medio digital** el 4 de abril de 2018, indicándole que debía elevar la respectiva solicitud ante RCN para que remitieran el reporte respectivo a efectos de realizar la correspondiente reliquidación (fl. 28).

- Petición que fue reiterada por el actor a SELECTIVA SAS con fecha 11 de abril de 2018, y dando alcance a la respuesta suministrada por esa sociedad vía correo electrónico (fl. 28), indicó que lo adeudado ascendía a la suma de \$1.533.333 equivalente a los salarios del **1 al 23 de febrero de 2018**, precisando: *“(...) fecha en que se me notificó la cancelación de contrato de trabajo; Días que no fueron relacionados en la “liquidación”, documento que tampoco se me aportó (...)”* (fl. 27). Respuesta que fue suministrada por SELECTIVA SAS el 26 de abril de 2018 en **físico** (fls. 29 a 31 y 125 a 126), manifestándole en síntesis al actor, que el día 29 de enero de 2018, le fue informado de manera verbal por parte de SELECTIVA SAS de la terminación del contrato de obra o labor determinada por finalización de la misma, por lo que el periodo reclamado ya no era trabajador y no había lugar al pago de estos emolumentos y que se encontraba ampliamente documentado que en efecto la relación laboral había finiquitado el 30 de enero de 2018.
- Formato denominado –ORDEN DE RETIRO DE TRABAJADORES EN MISIÓN TEMPORAL- (fl. 115), en el que se encuentra consignado el nombre de la empresa usuaria: RCN TELEVISIÓN- Fecha: **JUEVES 15 DE FEBRERO DE 2018**-Solicitado por: RAFAEL ESTRADA RONCANCIO, dirigido a la empresa SELECTIVA SAS *“(...) En virtud del contrato de Prestación de Servicios celebrado con su empresa (...) nos permitimos comunicar a ustedes que damos por terminada la obra o labor para la cual fue contratado el señor MÉNDEZ ESTOR DANIEL JULIÁN el cual trabajó hasta 30 de enero de 2018 (...)”*
- Formato diligenciado por demandante con referencia **“TERMINACIÓN DE CONTRATO POR FINALIZACIÓN DE LA OBRA”** y en el que se consigna: *“(...) con la presente nos permitimos informarle que la labor para lo cual había sido contratado (a) en misión para la empresa RCN*

TELEVISIÓN termina el día 30 de enero de 2018, tal y como lo evidencia la comunicación recibida de la empresa usuaria (...)". Asimismo, se extrae que el demandante lo suscribió y puso su huella el **23 de febrero de 2018** (fl. 116)

- Formato –CONTROL RECEPCIÓN Y ENTREGA DISPOSITIVOS MÓVILES- con logo de –COLTABACO- en el que se consignó: "Nombre: Daniel Julián Méndez (...) Entrega de Dispositivos: Ipod y Moto G 4 Plus y un Mini Datafono(...)" con la firma del demandante y con **fecha de entrega 06 de febrero de 2018** (fl. 121), junto con el reintegro para la misma data, también con logo de COLTABACO- de productos con las siguientes descripciones: i) **1 KIT IQOS (2.4 SLATE MOBILYTE KIT)** (fl. 122); ii) **5 KIT IQOS (2.4 PLUS WHITE MOB KIT) OPK 1, 5 KIT IQOS (2.4 PLUS NAVY MOB KIT) OPK 1, 8 EHC1 HEETS (AMBER LABEL) y 3 EHC1 HEETS BLUE LABEL MNT** (fl.123); iii) **2 KIT IQOS (2.4 PLUS NAVY MOB KIT) OPK, 1 KIT IQOS (2.4 PLUS WHITE MOB KIT) OPK** (fl. 124).
- **Contrato de Prestación de Servicios** suscrito entre Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S –**COLTABACO**-como contratante y **RCN TELEVISIÓN S.A.** en calidad de contratista, cuyo **objeto** contenido en la cláusula 2° correspondió: "*(...) EL CONTRATISTA se obliga a favor de COLTABACO a prestar en el territorio Nacional, el servicio de operación logística inherente a la gestión comercial, asesoría y educación sobre los productos comercializados por COLTABACO en el mercado colombiano(...)*" y su **vigencia** contenida en la cláusula 6° se pactó: "*(...) el presente contrato tendrá una vigencia de un año, contado desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018 (...)*" con fecha de suscripción 13 de febrero de 2017 (fls. 139 a 149)
- **Contrato de Prestación de Servicios** suscrito entre **SELECTIVA SAS** en calidad de Empresa de Servicio Temporal-EST- con **RCN TELEVISIÓN S.A.** en calidad de usuaria, cuyo **objeto** se pactó en la cláusula primera: "*(...) la EST se obliga a prestar un servicio de colaboración en la actividad del USUARIO de carácter temporal mediante envío de trabajadores en misión con ocasión a la consolidación de la carga a nivel nacional e internacional a través de*

*nuevos programas, licencias no remuneradas, incapacidades, reemplazo de vacaciones y todo lo relacionado con los incrementos de la producción; la labor a cargo del trabajador en misión se llevará a cabo en las dependencias del USUARIO (...)” y en la cláusula novena con relación a la **duración** se pactó lo siguiente: “(...) tendrá una duración conforme al plazo previsto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 de seis (6) meses, prorrogable por otros seis (6). No obstante cada una de las partes se reserva el derecho de darlo por terminado en cualquier tiempo sin necesidad de invocar motivo alguno (...)” con fecha de suscripción 1 de enero de 2017 (fls. 150 a 152 vto).*

De igual forma, el representante legal de **SELECTIVA SAS** absolvió **interrogatorio de parte** indicando que el demandante había laborado desde agosto de 2017 hasta el **30 de enero de 2018**, cuando previa comunicación realizada al personal “in house” que tenían en RCN TELEVISIÓN habían informado verbalmente la finalización del contrato para dicha data con **dos días de antelación** y que con relación a los documentos que militan en el expediente con fecha posterior a la fecha de terminación, obedecían a las comunicaciones formales de esa terminación de contrato de trabajo que se había dado para el 30 de enero de 2018 y **no le constaba hasta cuando había laborado el trabajador en RCN**.

Por su parte, el testigo **Leonel Felipe Noriega Pardo**, indicó inicialmente que había laborado con el demandante en RCN desde el 23 de agosto de 2017 cuando fueron contratados para asistir a eventos y promover IQOS que era un producto que calentaba el tabaco como un cigarrillo, que la labor la habían prestado hasta el **30 de enero de 2018**, que **23 días o un mes antes de terminar las labores les realizaron una reunión en el que les indicaron que el contrato finalizaría en enero** y posteriormente corrigió indicando que si habían laborado **23 días después de enero de 2018** comercializando el producto IQOS.

Por otro lado, la deponente **Martha Elena Salazar Díaz**, en su condición de Directora de Contratación y Seguridad Social de SELECTIVA SAS, manifestó que había conocido al demandante en el momento en que fue a suscribir el contrato de trabajo con SELECTIVA para agosto de 2017 y que su

contratación se había dado con ocasión a la orden de Contratación realizada por RCN ante una campaña que adelantaba esa entidad con Coltabacos, **sin indicarle al demandante hasta cuando iba su contratación**, no obstante acotó **que previo al 30 de enero de 2018**, les realizaron una reunión donde estaba presente el demandante en el que les indicaron a un grupo de trabajadores que trabajaban en la campaña de Coltabaco hasta el 30 de enero de 2018 y a un grupo restante hasta abril de 2018.

Finalmente, la testigo **Valentina Uribe Llano**, quien manifestó ocupar un cargo directivo en RCN TELEVISIÓN y que si bien no había conocido al demandante, sabía que su contratación se había dado por la licitación que había ganado RCN con Coltabaco y que consistía en posicionar un nuevo producto que Coltabaco impulsaba, agregó que con relación a la fecha de finalización de esos contratos se había realizado una reunión en la oficina de RCN ubicada en la Calle 99 en la que les informaron que la vinculación iba hasta el 30 de enero de 2018 y que después de esa fecha no se prestó ningún servicio a favor de Coltabaco.

Así las cosas y conforme al acervo probatorio traído a colación, en el presente asunto quedó plenamente demostrado, que el demandante prestó sus labores **más allá del 30 de enero de 2018**, pues si bien los deponentes indicaron al unísono que previa reunión realizada por RCN les informaron a los trabajadores que hacían parte del proyecto Coltabaco que el contrato finalizaría para dicha data; así como todos los comunicados, certificados y liquidación hacen mención de culminación de la labor para la referida fecha, lo cierto es que llama especialmente la atención de la Sala, las siguientes situaciones de orden fáctico que se traen a colación:

- i) Sí existía total claridad por parte de la empresa usuaria RCN TELEVISIÓN conforme lo manifestó la testigo Valentina Uribe que la vigencia de la campaña publicitaria con -Coltabacos- iba hasta el 30 de enero de 2018, situación que ratifica el acuerdo de voluntades suscrito entre ellos (RCN TELEVISIÓN y COLTABACOS) con relación a la vigencia pactada, no se entiende porqué a su vez SELECTIVA no pactaba con el trabajador en el contrato por obra o labor la vigencia del mismo.

- ii) Sí SELECTIVA tenía una persona “in house” en las instalaciones de la empresa usuaria RCN TELEVISIÓN, porque no hacía entrega de las comunicaciones de terminación de contrato por finalización de la obra o labor a cada uno de sus trabajadores, particularmente al trabajador MÉNDEZ ESTOR y contrario a ello, delegó lo indelegable y mediante una reunión RCN TELEVISIÓN fue el que comunicó de manera verbal la terminación de las relaciones laborales, comunicación que ninguno de los testigos coincidió con el tiempo de anticipación con la que se realizó, pues nótese como inicialmente en repuesta a derecho de petición se informó que con un día de antelación se informó que un día antes se había informado la finalización del contrato para el 30 de enero de 2018, el representante legal de SELECTIVA en interrogatorio de parte manifestó que dos días antes se informó lo correspondiente, por su parte, Leonel Noriega indicó que la reunión se había desarrollado 23 días antes o un mes antes a la finalización del vínculo y las testigos Valentina Llanos y Martha Salazar no puntualizaron ningún día en particular.
- iii) Desde el momento en que el demandante reclamó el pago por los 23 días del mes de febrero de 2018, mediante derecho de petición radicado el 14 de marzo de 2018, SELECTIVA en calidad de empleador no tenía ningún tipo de control con su trabajador, independientemente que se encontrara en misión, solicitándole en primera respuesta que debía elevar la solicitud ante RCN a efectos de que enviaran la novedad para efectuar los trámites correspondientes, y en respuesta posterior, le indicó que su contrato había culminado el 30 de enero de 2018 y que si continuó laborando lo había hecho bajo su propio “riesgo y conocimiento” y por ultimo lo manifestado por el representante legal de SELECTIVA en interrogatorio de parte, cuando acotó que no tenía conocimiento si el demandante había estado en la reunión en la que habían comunicado verbalmente la finalización para el 30 de enero de 2018 y aunado a ello, también manifestó que desconocía si había laborado con posterioridad a dicha data.

- iv) Se generaron documentos con posterioridad al 30 de enero de 2018, tales como la entrega de herramientas de trabajo y productos utilizados para la comercialización o impulso para la venta del producto IQOS con formato de -Coltabacos - para el **06 de febrero de 2018**, conforme quedó anotado en precedencia. La orden de retiro del trabajador generada por RCN TELEVISIÓN dirigida a SELECTIVA registra con fecha 15 **de febrero de 2018**, finalmente y no menos importante, la carta de TERMINACIÓN DE CONTRATO POR FINALIZACIÓN DE LA OBRA de SELECTIVA tiene fecha y firma de recibido por parte del señor MÉNDEZ ESTOR para el **23 de febrero de 2018** (fl. 116)

Conforme a lo anterior y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se revocará la decisión de primera instancia con relación a este tópico, y en su lugar se **declarará** que la relación laboral que existió entre DANIEL JULIÁN MÉNDEZ ESTOR y SELECTIVA SAS mediante contrato por obra o labor determinada se dio dentro del periodo comprendido entre el **22 de agosto de 2017** al **23 de febrero de 2018**.

Auxilio de Alimentación y Transporte constitutivo de salario

En este punto es importante precisar, que lo estipulado en el artículo 128 del CST¹, no permite bajo ninguna circunstancia que un pago que claramente es remunerativo, se le reste incidencia salarial, cuando su pago emana del servicio prestado por el trabajador y así lo ha sostenido nuestro máximo órgano de cierre “(...) *la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo (...)*” (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

¹ **“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

De igual forma, el artículo 127 del CST, establece que salario es “(...) *todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...)*”, por lo que claramente no podrían las partes en el desarrollo del vínculo contractual laboral, a través de algún tipo de acuerdo verbal o escrito, contrariar la naturaleza de los emolumentos o disponer que dejen de ser salario algo que por esencia lo es.

Precisado lo anterior, se tiene que el demandante recurre la decisión de primera instancia, aduciendo que todo emolumento que recibe el trabajador se considera salario independientemente del nombre que se le dé y que quedó demostrado en el presente asunto, que el demandante recibía la suma de \$2.800.000, aunado al hecho que el acuerdo de exclusión suscrito entre las partes, se pactó con posterioridad a la finalización del vínculo contractual.

En ese orden de ideas y conforme a las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que previo a efectuarse la contratación con el actor, la empresa usuaria RCN TELEVISIÓN S.A. allegó la orden de ingreso como trabajador en misión del demandante a SELECTIVA SAS con fecha **17 de agosto de 2017** (fl. 87), en el que le indicó a la EST el lugar donde iba a desempeñar sus funciones, el cargo, la razón por la que se requería la contratación, la fecha de inicio de labores y **con relación a la asignación estipuló lo siguiente:** “(...) *La asignación salarial para atender esta solicitud es de \$2.000.000 mensuales, dentro del horario normal fijado por la ley laboral, más las prestaciones correspondientes. En el evento de horas extras, incentivos, bonificaciones, etc. El costo se incrementará proporcionalm con base en la asignación salarial descrita en esta solicitud (...)*” asimismo se consignó como observación/requerimiento adicional: “(...) *PAGAR ESTRUCTURA DE COMISIONES Y UN PAGO QUE NO CONSTITUYE SALARIO DE \$800.000 DE TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN (...)*”

De igual forma, se extrae del contrato de trabajo suscrito por las partes el **22 de agosto de 2017**, en la cláusula séptima, se pactó los pagos que no constituían salario así: “(...) *cualquier auxilio o beneficio en dinero o en especie*

de carácter extralegal que EL EMPLEADOR reconozca o pague al TRABAJADOR, no constituye salario para ningún efecto. En consecuencia, no constituye salario cualquier prima o bonificación extralegal, alimentación o mercado, habitación o vestuario que durante la vigencia del contrato pudiera reconocer en el futuro el EMPLEADOR al TRABAJADOR en dinero o en especie (...)”.

Asimismo, se allegó documento denominado -ACUERDO DE AUXILIOS EXTRALEGALES- suscrito entre la EST SELECTIVA SAS y DANIEL JULIÁN MÉNDEZ, en el que pactaron en la cláusula única denominada -AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE- “(...) a partir del **22 de agosto de 2017** EL TRABAJADOR (A) recibirá un auxilio de naturaleza extralegal por la suma de OCHOCIENTOS MIL pesos m/cte (\$800.000) pagados en periodos mensuales, la cual no constituye salario (...)” con **fecha de suscripción -22 de agosto de 2018-**.

Por su parte, la testigo **Martha Salazar**, indicó que quien establecía las condiciones de la contratación era RCN y que para el caso en particular, se concertó con el demandante como salario básico la suma de \$ 2.000.000 y mediante otrosí se pactó un auxilio de transporte y alimentación por \$800.000 que no hacía base salarial; el deponente **Leonel Noriega**, indicó que en efecto, si bien no había visto nunca los desprendibles de nómina o consignaciones realizadas por la empresa al demandante, lo cierto era que al realizar las mismas funciones, en su cuenta de ahorros (testigo) siempre le consignaron la suma de \$2.800.000 mensual y \$1.400.000 quincenal y que como las funciones se encontraban orientadas a promover el producto IQOS, en los que se programaba eventos en la empresa así como en los bares y otros sitios donde se pudiera impulsar el producto y que para movilizarse utilizaban lo que consignaba la empresa.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que no se acogen los argumentos de disenso expuestos por el actor recurrente, al afirmar que todo emolumento que percibe el trabajador constituye salario, pues de conformidad con lo normado en el artículo 128 CST traído a colación, permite la desalarización de auxilios como el que recibía el demandante por concepto de alimentación y transporte, pues conforme a la lectura de la anotada cláusula única que

se suscribió bajo la denominación de -ACUERDO DE AUXILIOS EXTRALEGALES- , se deriva que dicho subsidio no era entregado como contraprestación directa del servicio, sino que se suministraba para que fueran utilizados en los momentos en los que tenían que desplazarse a otros lugares donde tenían que impulsar o promocionar el producto de IQOS, tal y como lo indicó de manera inequívoca el testigo **Leonel Noriega**, quien huelga recordar, realizaba idénticas labores a las del aquí demandante; y si bien cuestionó el actor recurrente que el documento no era válido dada la fecha de suscripción que se había dado con posterioridad a la fecha de finalización del vínculo contractual laboral (**22 de agosto de 2018**-fl. 88), no puede la Sala acoger de manera favorable esos argumentos, en primer lugar porque resulta materialmente imposible que la suscripción del referido documento lo realizaran casi seis meses después de finalizado el vínculo laboral y en segundo lugar, porque en la **cláusula única** se pactó de manera inequívoca que el auxilio se otorgaba a partir del **22 de agosto de 2017**, esto es desde la fecha que dio inicio a la relación laboral.

Por lo anterior y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se confirmará la absolución realizada por el Juez de Instancia con relación a lo aquí pretendido.

Salarios insolutos

Reclama la demandante el pago de los 23 días del mes de febrero de 2018 y teniendo en cuenta que en el presente asunto quedó demostrado que el actor presó sus labores hasta la referida fecha, se condenará a SELECTIVA SAS a su pago por la suma de **\$1.533.333, conforme lo reclamó el actor en libelo introductorio.**

Indemnización moratoria

Ahora bien, con relación a la apelación realizada por la demandada SELECTIVA SAS, frente a la condena por **indemnización moratoria**, debe precisarse que la condena fue impuesta por el *a quo* ante la tardanza por

23 días en el pago de la liquidación de contrato de trabajo, sin que la demandante en su recurso de alzada se opusiera con relación a este tópico.

Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala que en el presente asunto prosperó lo correspondiente a la condena por salarios insolutos y que llevarían a imponer una condena con relación a dicha omisión, no obstante, no resulta procedente realizar su estudio, atendiendo al principio de la *no reformatio in pejus*, que conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral “(...) *consiste en que el superior no puede empeorar, agravar o perjudicar la situación del apelante único que busca mejorar su situación, o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, puesto que constituye un límite al poder jurisdiccional del juez de alzada, como garantía del derecho fundamental al debido proceso (...)*” (CSJ SL 5596 de 2019).

Por lo anterior, se mantendrá incólume lo correspondiente a la sanción impuesta por el Juez de primera instancia, con relación a la suma impuesta por este concepto, ante la prosperidad en el pago por concepto de 23 días de salario.

Responsabilidad Solidaria RCN TELEVISIÓN

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente asunto se condenó a SELECTIVA SAS al pago por concepto de salarios insolutos y RCN recurrió la decisión con relación a la condena solidaria que impuso el Juez de Primera Instancia frente a la indemnización moratoria y que fue confirmada en precedencia, habrá que determinarse si hay lugar a condenar solidariamente a la empresa usuaria.

Por lo anterior, debe precisarse que no es materia de controversia en el presente asunto i) la condición de E.S.T. de SELECTIVA SAS; ii) la condición de usuaria de RCN TELEVISIÓN S.A., quienes celebraron un contrato de prestación de servicios para el envío temporal de trabajadores en misión para la ejecución de actividades conforme al objeto social que se relacionado en precedencia y iii) el contrato de trabajo por duración de la obra celebrado

entre el actor y SELECTIVA SAS como trabajador en misión para desempeñarse como Activador de Comunicaciones de la empresa usuaria.

Respecto a las empresas de servicios temporales y los trabajadores vinculados a éstas, los artículos 71, 74 y 77 de la ley 50 de 1990, establecen:

“ARTICULO 71. *Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”*

“ARTICULO 74. *Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.*

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.”

“ARTICULO 77. *Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.”*

Así mismo, el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dispone:

“PARÁGRAFO. *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”*

Ahora bien, debe precisarse que La figura jurídica de contratista independiente está regulada en el artículo 34 del CST, que establece lo siguiente:

“(…) 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 beneficio 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 pago de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

Conforme lo anterior, las personas naturales o jurídicas que se consideran contratistas independientes son aquellas a las cuales otra persona natural o jurídica, que se denomina beneficiario o dueño de la obra, les encarga la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, para que lo haga con plena autonomía técnica, administrativa y directiva, y como contraprestación reciba un valor determinado.

Ahora, dicha institución se fundamenta en el fenómeno de la descentralización o externalización de actividades, pues se trata de una empresa que decide no ejecutar de forma directa una o varias actividades de su proceso productivo, para en su lugar preferir desplazarlas a otra u otras empresas (CSJ SL4479-2020).

Con relación a las **empresas de servicios temporales**, debe indicarse que se trata de una situación de intermediación más no de externalización laboral y así lo define la Ley 50 de 1990 en los términos acotados en precedencia.

Sobre la distinción entre contratista independiente y empresa de servicio temporal, la Corte Suprema de Justicia de viaja data (CSJ SL de 1997- Rad. 9435), precisó lo siguiente:

“(...) Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes:

La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.

La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.

Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.

El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión (...)”

Ahora bien, nuestro órgano de cierre tiene precisado, que para evitar el uso indebido de la figura de contratista independiente o el desconocimiento o la afectación de los derechos laborales del personal que aquel emplea para llevar a cabo la obra contratada, el beneficiario o dueño de esta es responsable solidariamente de dichas obligaciones cuando se trate de labores que no sean extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, conforme lo previsto en el artículo 34 del Estatuto Laboral antes transcrito (CSJ SL, 26 sep. 2000, rad. 14038) en la que acotó:

“(...) Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: “Pero el beneficiario 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 (...).

Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, “para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo”, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal (...)”

En el caso de las empresas de servicios temporales, la figura de la solidaridad en relación con el incumplimiento de obligaciones que puede establecerse respecto a las empresas usuarias se aplica únicamente por excepción, esto es, el artículo 35 numeral 3.º del CST dispone que en

aquellos casos en que se celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediaria y esta omita *«declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas»*.

De igual forma, la ley y la jurisprudencia emanada por la CSJ SL han establecido otras situaciones en las que también se configura **la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias**, en los siguientes casos: (i) omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º *ibidem*-, y (iii) **cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006-** o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL1 4162 de 2021).

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el presente asunto hay un desbordamiento de las previsiones contenidas en el art.77 de la ley 50 de 1990, pues si bien en la contratación efectuada al señor MÉNDEZ ESTOR no superó el término de los 12 meses a servicio de la usuaria, lo cierto es que la actividad desarrollada por el demandante es una de las propias o misionales de RCN TELEVISIÓN, pues nótese como en el contrato comercial suscrito con Coltabaco , era el de prestar la operación logística a la gestión comercial asesoría y educación sobre los productos comercializados por Coltabaco y el objeto social de RCN TELEVISIÓN establece en su literal I) *“(...) la prestación de servicios de operador logístico de eventos (...)”*, por lo que la labor desempeñada por el actor no se trató simplemente de un incremento en la producción con el contrato suscrito con COLTABACO sino por el contrario, corresponde a una necesidad permanente para RCN TELEVISIÓN S.A. en virtud de la ejecución de las labores como Activador de Comunidades encargado comercializar o impulsar un determinado

producto; por lo que no puede predicarse que este tipo de labores sea ajena al giro ordinario de la empresa, en la medida que ayudan a desarrollar el objeto social.

Entonces, aunque las constancias de pago del salario y de la seguridad social y liquidaciones de prestaciones junto a las cartas de desvinculación, no constituyen actos de ejercicio de la subordinación jurídica sobre el trabajador, forman parte, más bien, de una cadena de simulación que pretende esconder una verdadera relación laboral que no reclamó el demandante con la empresa usuaria del servicio, pues nótese como RCN TELEVISIÓN participaba desde el proceso de contratación así como desvinculación conforme a los documentos que fueron traídos a colación en precedencia, situación que ratificó la testigo Martha Salazar cuando indicó que RCN les informaba las condiciones de pago y quien adelantó la reunión con relación a la culminación de la relación laboral conforme lo indicaron los deponentes, por lo que claramente se condenará a RCN TELEVISIÓN de forma solidaria de las condenas aquí impuestas.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de SELECTIVA SAS y RCN TELEVISIÓN S.A.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral por obra o labor determinada entre el demandante

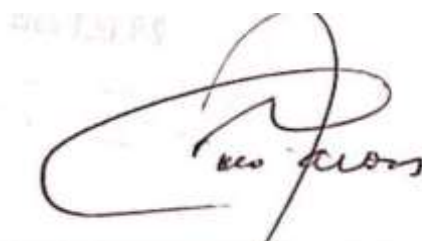
DANIEL JULIÁN MÉNDEZ ESTOR con SELECTIVA SAS desde el 22 de agosto de 2017 al 23 de febrero de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SELECTIVA SAS y solidariamente a RCN TELEVISIÓN S.A. a pagar al demandante la suma de \$1.533.333 por concepto de salarios insolutos.

TERCERO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de SELECTIVA SAS y RCN TELEVISIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

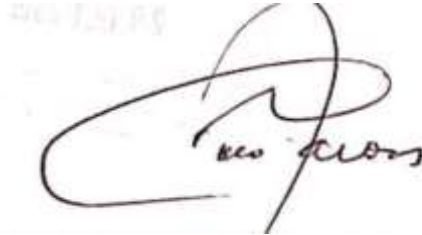
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SELECTIVA SAS y RCN TELEVISIÓN S.A., la suma de \$900.000 pesos, por cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text, possibly a date or reference number.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -FREDYS TERESA POVEDA NIÑO-
contra - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **FREDYS TERESA POVEDA NIÑO**, se **declare** la nulidad de traslado que realizó el RPMPD al RAIS a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia se condene a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos por concepto de afiliación , como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses conforme al artículo 1746 del C.C., se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 200, desde la fecha en que se acreditó el último de los requisitos, se condene en uso de las facultades ultra y extra petita y se **condene** a las costas y agencias en derecho(fl. 27 y 28).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 28 a 29), señaló en síntesis, que nació el 28 de febrero de 1961 y que en la actualidad tiene 57

años de edad, agregó que venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida realizando cotizaciones desde el 27 de noviembre de 1989 y que encontrándose vinculada con el HOSPITAL DE SAN BLAS fue abordada de manera reiterada por los asesores de PORVENIR en el que le indicaban que el ISS se iba acabar, que se podía vincular en una edad menor y que los beneficios pensionales serían mejor con esa entidad, procediendo a tramitar afiliación con la referida entidad para el 30 de octubre de 2000 cambiando para ese día el régimen pensional, que cotizó ante el ISS un total de 590 semanas y en PORVENIR 862 semanas y que solicitó a esta última entidad una simulación pensional (01 de noviembre de 2017) junto con el formulario y la información que le brindaron previo al traslado así como el traslado de régimen (28 de marzo de 2018) y que le suministraron como respuesta la simulación y frente a los documentos restantes le indicaron que había suscrito el formulario y le negaron la solicitud cambio de régimen pensional (5 de abril de 2018).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.48 a 51), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, y 12 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo 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, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 73 a 79), no obstante, mediante **proveído de fecha 11 de julio de 2019** (fl. 107) se tuvo por **no contestada la demanda** por parte de esta administradora.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de diciembre de 2019 (CD – fl. 128), **declaró** la nulidad de la vinculación de la demandante al a la AFP PORVENIR que realizó el 30 de octubre de 2000 y

por ende su vinculación al RAIS, y en consecuencia ordenó el regreso inmediato al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, **condenó** a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES, **condenó** a AFP PORVENIR S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante 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 causados, y la devolución de los gastos de administración, dicha devolución deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, con los documentos correspondientes para que COLPENSIONES pueda establecer que junto con la devolución de cuotas y gastos de administración se hace de conformidad, **condenó** a COLPENSIONES una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en la sentencia y la condenó a imputar y actualizar de manera inmediata dichas semanas cotizadas por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES para efectos pensionales, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 a partir del día siguiente a la desafiliación, estableciendo el cálculo del IBL más favorable a la demandante y liquidación de 13 mesadas pensionales sin que sea inferior al SMMLV, **Declaró No Probadas** las excepciones propuestas por COLPENSIONES y **condenó** en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentó de su decisión, y previa referencia jurisprudencial que gira en torno al tema, indicó que era obligación de las administradoras la obligación del buen consejo, con relación al vicio del consentimiento indicó que cuando no se suministraba una información se engaña por omisión, en el que también se ha establecido que se invierte la carga de la prueba debiendo estas entidades probar que suministraron información a los afiliados en los términos precisados por la Alta corporación, sin importar si la persona es beneficiaria o no del régimen de transición, así mismo que también la solicitud es imprescriptible y que sobre el caso en particular que la demandante se trasladó de régimen a través de PORVENIR S.A. y si bien

se allegó el formulario de afiliación con la transcripción que la afiliación la realizaba de manera libre y espontánea, lo cierto es que la misma no resulta suficiente para concluir que en efecto se cumplió con dicha carga probatoria, aunado al hecho del indicio grave en contra de POVENIR al haberse tenido como no contestada la demanda, así como lo manifestado por la representante legal de PORVENIR que si bien afirmó haberse hecho una proyección pensional sin que hubiese allegado la prueba de su dicho, sin demostrar en el plenario PORVENIR la asesoría integral que se encontraba a su cargo, declarando la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante.

Con relación a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, indicó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que su prestación se estudiaba con relación a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y conforme a documento de identidad acreditaba el requisito de la edad con 57 años junto con la relación de densidad de semanas, por lo que conforme a los documentos obrantes en el infolio acreditaba un total de 1457 semanas, en el que confirmó la demandante estar cotizando actualmente en interrogatorio de parte, por lo que acreditaba más de 1300, por lo que el disfrute se dará una vez se desafilie el sistema, calculando su IBL conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo el número de semanas debía reconocerse la más favorable, en 13 mesadas.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de esa ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP

PORVENIR S.A. en octubre del año 2000, declarada por la *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte, tal y como lo consideró el Juez de instancia. .

Pensión de vejez

En este punto es importante precisar, que no fue objeto de controversia que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que se tiene que la norma aplicable es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que establece que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 28 de febrero de 1961 (fl. 2), por lo que a la fecha cuenta con 60 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto a las semanas, se tiene que la totalidad de semanas cotizadas arroja un total de **1,452** (fls. 6 a 14 y 83 a 92), lo cual la hace acreedora a la pensión en los términos que lo consideró el Juez de Instancia.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, considerando el *a quo* que su reconocimiento debía realizarse una vez contara con la totalidad de los emolumentos ordenados por el *a quo* y al día siguiente a la fecha efectiva de desafiliación, reconociendo y pagando la pensión de vejez en los terminados precisados por el Juez de instancia, esto es, en 13 mesadas.

Finalmente, y con relación a la mesada pensional deberá COLPENSIONES realizar los cálculos correspondientes, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral y/o en los últimos 10 años, el que le sea más favorable a la demandante, conforme también lo consideró el *a quo*, en el que no podrá ser inferior al SMMLV.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

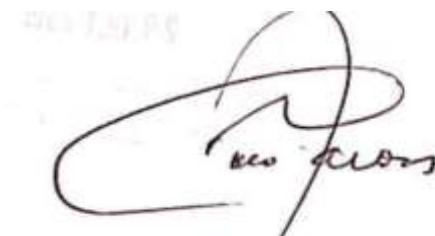
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de diciembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', with a large, stylized flourish above it.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Camacho', with a large, stylized flourish above it.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino', with a large, stylized flourish above it.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SERGIO ABAUAT CALDERÓN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A, AFP PORVENIR S.A. Y AFP
PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **SERGIO ABAUAT CALDERÓN**, se **declare** que es ilegal la decisión administrativa de COLPENSIONES contenida en la comunicación expedida el 17 de marzo de 2016, mediante la cual rechazó el traslado a la AFP PORVENIR S.A., petición hecha cuando tenía 51 años de edad, se **declare** que es válida y se ajusta al ordenamiento legal la petición de traslado de régimen pensional elevada a COLPENSIONES el 20 de agosto de 2020, cuando tenía 51 años de edad, se **ordene** a COLPENSIONES admitirlo como afiliado, que parta todos los efectos legales se entiende que se perfeccionó desde el 20 de agosto de 2015, se **ordene** a la AFP PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como consecuencia del traslado, tales como aportes obligatorios y voluntarios que hizo durante todo el tiempo de permanencia en este último, con sus rendimientos, intereses, bono pensional y los gastos de

administración pagados a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.

De **manera subsidiaria**, solicita se **declare** que es ineficaz el traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad al afiliarse a la AFP ING COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por no haber recibido para la toma de esta crucial decisión por parte de los asesores de la AFP una información completa, transparente, cierta, suficiente y oportuna, omitiendo informarle los riesgos que dicho traslado implica, sus beneficios y desventajas, incurriendo en falta al deber del buen consejo y en el incumplimiento grave de su responsabilidad profesional, se **declare** que conforme a lo anterior, no surte efecto alguno el traslado que se efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en virtud del contrato celebrado con la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., se **declare** la ineficacia del traslado por derivar de un contrato nulo de los distintos traslados de su cuenta de ahorro individual, se **declare** que no existió solución de continuidad en la permanencia como afiliada al ISS hoy COLPENSIONES. En consecuencia, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como consecuencia del traslado, tales como los aportes obligatorios y voluntarios que hizo durante todo el tiempo de su permanencia en éste último, con sus rendimientos, intereses, bono pensional y los gastos de administración pagados a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., se **ordene** a COLPENSIONES aceptarlo como afiliado y se **condene** al pago de costas procesales (fls.3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.5 a 7), señaló en síntesis que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 2 de julio de 1986, cotizando un total de 219,5 semanas, que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, que el 1° de julio de 1994, se trasladó a la AFP COLMENA oportunidad en la cual los asesores de dicho fondo omitieron informarle de manera transparente, cierta, suficiente y oportuna cuáles eran las ventajas y desventajas de ese traslado, omitió informarle que el valor de

la mesada en el RAIS sería ostensiblemente inferior al que le correspondería en el régimen de prima media, que el 1° de julio de 2001, cuando se trasladó de COLMENA a COLFONDOS S.A. los asesores de dicha entidad también incurrieron en la violación de sus deberes profesionales al no entregarle la información completa y eficaz para que tomara la mejor decisión en un asunto tan crucial como lo es su derecho a obtener una mejor pensión, que el 20 de agosto de 2015, cuando tenía 51 años de edad radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen, petición que fue radicada con el número 2015-7589764, solicitud que fue rechazada por COLPENSIONES motivada en que *“se presentan inconsistencias en el estado actual de su afiliación y es necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de la misma”*, que el 20 de agosto de 2015, presentó ante COLPENSIONES un formulario de actualización de datos del afiliado y solicitó que se definiera su situación de multivinculación, en la misma fecha COLPENSIONES le responde que para atender la anterior petición debe convocar un comité de multivinculación para así determinar la administradora a la que se encuentra válidamente afiliado, el 17 de marzo de 2016, con el radicado BZ2015-7590382-0707884 COLPENSIONES le informa que *“una vez revisado el estado de su vinculación al Sistema General de Pensiones, se pudo determinar que usted está afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por lo cual no es procedente registrar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”*, que a la fecha cuenta con 1,253 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, que según proyección en el RAIS el monto de su mesada pensional al cumplir los requisitos legales para adquirir este derecho será de \$5.717.000 según cálculo actuarial al 30 de mayo de 2018, mientras que en el régimen de prima media el monto de su mesada pensional al cumplir con estos requisitos legales será de \$12.181.836, lo cual evidencia el daño irreparable que sufre por no haber recibido una verdadera asesoría por parte de COLMENA.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 13, 14 y

16, los cuales tienen que ver con su afiliación a dicha entidad y los aportes efectuados en ella, en que para el 1° de abril de 1994, se encontraba afiliado a dicho fondo y en cuanto al rechazo de la solicitud de traslado, dijo no ser ciertos los numerales 2 y 12; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, 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 e innominada o genérica (fls. 119 a 145).

COLFONDOS S.A. solo se opuso a la pretensión relacionada con el pago de costas, en cuanto a los hechos señaló no ser ciertos los numerales 8, 9, 18 y 19, no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo 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 ser merecedora de un traslado de régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (fls. 161 a 179).

PORVENIR S.A. contestó igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 4, 17 y 20, los cuales tiene relación con la potestad que le otorgó la Ley 100 de 1993, a las AFP del RAIS administrar fondos de pensiones obligatorias, en cuanto a los aportes efectuados en el sistema de seguridad social por parte del actor y el poder otorgado por éste a su apoderado, en cuanto a los demás hechos señaló no ser ciertos los numerales 1 a 3, 6, 7, 12 a 16, 18 y 19; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría al fondo (fls. 196 a 204).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los numerales 4, 5 y 20, lo cuales tienen relación con la afirmación del actor en cuanto a que el RAIS nació y comenzó su ejecución a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 6 a 10, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica (fls. 216 a 224).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de enero de 2020 (CD – fl.306), **declaró** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor SERGIO ABAUAT CALDERÓN al fondo COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de junio de 1994 y consecuentemente las posteriores afiliaciones a COLFONDOS contenida en el formulario No. 0094629 del 4 de julio de 2001 y PORVENIR en el formulario No. 15104933 del 18 de septiembre de 2012, **ordenó** a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del 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 administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media al demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a las demandadas, excepto a COLFONDOS al haberse allanado a las pretensiones de la demanda.

Fundamenta su decisión, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la ineficacia del traslado, en la cual se concluye que desde la fundación de las AFP siempre ha existido el deber de información, que posteriormente nació el deber de asesoría, buen consejo y doble asesoría, que en el caso del demandante no es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, las citadas sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha

establecido que ello no es óbice para que se omita el deber de información, por lo que recae en las AFPS la carga de la prueba.

Que al revisarse el expediente no obra prueba suficiente que demuestre que al momento de la vinculación del actor al RAIS se brindó la suficiente información por parte las a AFP demandadas, en donde se advirtiera sobre las consecuencias que le traería a su futuro pensional, solo obra diligenciamiento del formulario, lo cual no es prueba suficiente que dé certeza sobre el deber de información por parte de la AFP, que el actor presentó solicitud de traslado de régimen antes de configurarse el impedimento del literal e.), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual COLPENSIONES debió garantizar ese traslado, frente a dicha solicitud COLPENSIONES le indicó que realizaría un comité de multivinculación, comité frente al cual no existe prueba, razón por la cual la negligencia frente a la solución de dicha petición no es una carga que deba soportar el afiliado por cuanto es una falta ajena a su voluntad, también hace el estudio de la ineficacia por falta de información. Considerando que la afiliación al RAIS no estuvo acorde al estatuto de seguridad social en pensiones y a las reglas de libertad de escogencia, por que no se demostró la existencia de una decisión informada por parte de la AFP aunado a la mora en la solicitud de traslado por parte de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que el actor presentó su solicitud dentro de los términos legales, por lo tanto declaró la ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que si bien el deber de información siempre ha existido para las AFP éstas han venido evolucionando, por lo cual no se le pueda dar aplicación a leyes posteriores, toda vez que la jurisprudencia que regula el tema, es bien diferente a la que regía en 1994, por lo que al trasladarse el demandante lo hizo de manera libre y voluntaria; y en cumplimiento a dichas normatividades, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL 1452 de 2019, en relación a la aclaración de voto el magistrado Quiroz, quien manifestó que es cierto que en cabeza de las AFPS se encuentra el deber de información, pero esto no exonera a los potenciales afiliados a concurrir debidamente ilustrados,

máxime cuando se trata de una decisión tan importante como lo es su futuro pensional.

Debe igualmente tenerse en cuenta que los contratos se ejecutan de buena fe en relación el art. 1603 del Código Civil y el artículo 83 de la Constitución, en este asunto no se probó el actuar doloso de los demandados, por lo tanto, no se puede establecer que existió mala fe, tampoco existió la oportunidad de hacer un cotejo de la información suministrada a los potenciales afiliados, toda vez que para el momento del traslado efectuado en el año 1994, no existía dicha obligación a cargo de las AFP, ya que esta nació solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014, la cual no tiene un carácter retroactivo, pues de solicitarse a los fondos aquí demandados la existencia de una prueba documental de la información suministrada se le estaría cargando una obligación que no existía al momento de los traslados. Así mismo, debe analizarse que el demandante tuvo opciones para tomar la mejor decisión del mercado, se realizó un comité de multivinculación en la cual se determinó que por el número de semanas que había cotizado en el RAIS correspondía a éste régimen tenerlo como afiliado, por lo cual no se accedió a efectuar el traslado.

Aunado a lo anterior y consideración a lo dispuesto en las sentencias C-1024 de 2004 y 062 de 2010, se estableció que lo perseguido con el señalado periodo de carencia consiste en evitar la descapitalización del fondo común de régimen de prima media que se produciría si las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueran tenidas en consideración al momento de determinar las sumas que representaría el pago de sus pensiones y sus reajustes periódicos pudieran llegarse a trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez, esto contribuiría a desfinanciar el sistema y con ello poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de las pensiones del resto de cotizantes. De igual manera, al declararse la ineficacia de un acto o negocio jurídico deben existir 3 elementos fundamentales 1. Objeto o causa ilícita, situación que no se presta toda vez que el contrato de administraciones está plenamente contemplado en la ley o que el suscriptor del mismo sea una persona incapaz situación que tampoco se presenta.

Por último, solicita sea absuelta de las cotas impuestas con fundamento en el inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, en la cual se determina que al ser COLPENSIONES administradora del sistema de seguridad social no pueden ser destinados los dineros que administra para otros fines distintos al cumplimiento de estos, no siendo las costas un fin de la seguridad social.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación, solicitando tener en cuenta que el formulario de afiliación fue suscrito de manera libre y voluntaria y sin que de por medio existiera algún apremio, además dicho documento nunca fue tachado de falso y es totalmente valido para los efectos procesales de conformidad con lo estipulado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y artículo 243 y 244 del CGP, refiere que no debe perderse de vista la declaración contenida en cada formulario, frente al cual el actor confesó que nunca lo leyó, también debe tenerse en cuenta que el actor es una persona adulta que se vinculó válidamente al RAIS y su elección fue producto de la decisión libre y voluntaria, no siendo producto del engaño.

Arguye que uno de los argumentos que expone el actor por el cual se traslado es que iba a desaparecer el ISS, lo cual valga la pena recordar que el proceso de liquidación y desaparición del ISS ocurrió en el año 1990 y posteriormente, se creó la Constitución de 1991, allí surge un periodo de cambios y de crisis por lo cual se expidió la Ley 100 de 1993, la cual converge cambios radicales creando un nuevo modelo de seguridad social lo cual era de público conocimiento, por lo que no puede decirse que lo estaban engañando, aparte de ello sí existió un asesor, otra cosa es que el actor no se acuerde, de otro lado, en el evento en que se acepte que no se brindó la información debe tenerse en cuenta que para entonces si había información lo que no existía era el deber de documentar, de tal manera que la información se dio de manera verbal, por lo tanto, se cumplió con este deber de información con la publicación emitida en el periódico el tiempo.

De otro lado, por más de 20 años el actor hizo traslado de un fondo a otro, por lo que pudo haber resuelto en esos momentos sus inquietudes y no lo hizo, tampoco se puede establecer que esta frente a una ineficacia de pleno derecho, pues al remitirse al Código Civil y de Comercio que habla de la

ineficacia, cuando falta alguno de estos requisitos se entiende que el acto no existió y no nació a la vida jurídica, sin embargo, el acto sí nació a la vida jurídica al cumplirse todos los requisitos propios de la ley, además al haberlo suscrito era una persona totalmente capaz, en el evento que se analice la nulidad debe analizarse la nulidad relativa en relación con un error de hecho el cual puede ser saneado por la voluntad de las partes y por la ratificación de la parte que se ve afectada.

En cuanto a la prescripción se debe analizar que el régimen pensional sin lugar a dudas es un acto jurídico y para este efecto se debe estudiar de esa manera y en el hipotético caso que se hubiere omitido una información se trata de una nulidad relativa conforme a lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil el cual está sometido a la regla de la prescripción señalada en el artículo 1740 del Código Civil correspondiente a 4 años. En cuanto al traslado de los aportes se haga conforme a lo dispuesto en el Decreto 3925 de 2008. Así las cosas, solicita se revoque la decisión en su totalidad así como a la condena de costas y agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor SERGIO ABAUAT CALEDERÓN el 16 de junio de 1994 (fl.225), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 15 de junio de 2001 se trasladó a COLFONDOS S.A. y finalmente, el 1° de noviembre de 2012, se trasladó a PORVENIR S.A. en donde se encuentra actualmente (fl.205), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 2 de julio de 1986 al 10 de agosto de 1986 y del 3 de agosto de 1993 al 30 de junio de 1994, como se puede ver de la historia laboral expedida por COLPENSIONES y que obra dentro del expediente administrativo que milita a folio 147.

Conforme a ello, encuentra la Sala que no obra ni siquiera copia del formulario de afiliación suscrito con la AFP COLMENA, siendo deber de PROTECCIÓN S.A. haberlo aportado, teniendo en cuenta que fue la entidad que fusionó a dicha entidad, por lo tanto, era la responsable en demostrar que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, prueba de la cual se carece, en cuanto a las demás AFP demandadas si bien aportaron los respectivos formularios de afiliación (fls. 182 y 213), ello no significa que haya recibido la

información suficiente por parte de las mismas respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues debió haberle informado sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, se requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaban obligadas a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a cada una de las AFPS en las cuales estuvo afiliado el actor, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a éstas, situación que tampoco se demostró; sin que el hecho de que se hubiere trasladado de fondo de pensiones en el régimen de ahorro individual de por cierto que dichas entidades cumplieron con su deber de información, precisamente salta a la vista que ninguna de ellas se tomó el tiempo de explicarle de manera detallada al demandante cómo funcionaba dicho régimen, de manera, que el hecho de que se hubiere firmando un formulario de afiliación no significa que tales circunstancias fueron de su conocimiento, y contrario a lo señalado por la accionada en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento,

incluso se denota que el demandante solicitó en tiempo el retronó al Régimen de Prima media con prestación definida cumpliendo con lo establecido en el literal e.), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como se observa a folio 31 del expediente, esto es, el 20 de agosto de 2015, momento para el cual contaba con 51 años de edad cumplidos, teniendo en cuenta que nació el 128 de agosto de 1963, como se observa de la copia de la cédula de ciudadanía del demandante obrante a folio 81 del expediente, a pesar de ello COLPENSIONES no dio trámite al traslado solicitado.

Ahora, en cuanto al deber de información que para el momento del traslado se encontraba regulada por el Decreto 663 de 1993, normatividad que no plasmó que el mismo debía ser por escrito, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado al respecto: *“existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Por último, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”* recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *“poder tomar decisiones informadas”*.

Concluyendo la Corte que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), por tales motivos, no les asiste razón a las recurrentes en cuanto a que no tenían el deber de información detallada.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretenden las entidades accionadas. De otro lado, en lo atinente a la publicación de la cual hace referencia PORVENIR S.A.; sea de paso advertir que estas se hicieron a nivel nacional, sin que se demuestre que en esta oportunidad que la misma haya sido dada a conocer al actor de manera puntual, pues ello debió hacerlo personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a las AFPS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a

COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES y PORVENIR S.A. vencidas en juicio en tanto, la primera tiene que recibir al actor y activar su afiliación, y la segunda; efectuar el correspondiente traslado de sus cotizaciones y demás rubros, aunado a que presentaron oposición a las pretensiones de la demanda, por lo tanto, deben ser condenadas en costas.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

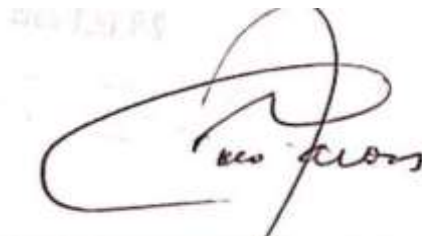
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFPS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

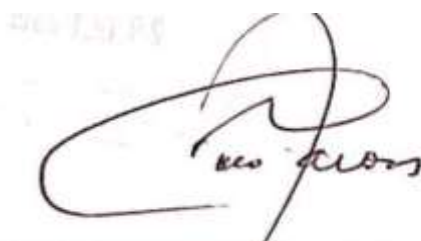


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ UBALDINO TORRES
TORRES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ UBALDINO TORRES TORRES**, se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle el incremento pensional consagrado en el artículo 21 de Acuerdo 049 de 1990, el cual no fue tenido en cuenta en la resolución No. 116230 del 17 de septiembre de 2012, por medio de la cual se le otorgó la pensión de vejez, se **ordene** el pago del incremento pensional causado a partir del 6 de marzo de 2012, hasta el día en que se reconozca debidamente indexado por su compañera permanente TERESA TORRES RIVEROS, se **condene** a COLPENSIONES a pagar y reconocer intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (**fl. 3 a 5**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3), señaló que desde el día 22 de agosto de 1977 convive de manera ininterrumpida con la señora TERESA TORRES RIVEROS bajo el mismo techo, compartiendo lecho, techo y mesa, siendo él quien vela por el sostenimiento del hogar proporcionando todas las condiciones materiales necesarias para el cubrimiento de las necesidades básicas, que son padres de 4 hijos todos mayores de edad, que mediante resolución No. 116230 del 17 de septiembre de 2012, COLPENSIONES le reconoció el derecho al disfrute de la pensión a partir del 6 de marzo de 2012, oportunidad en la cual no se tuvo en cuenta el incremento del 14% por compañera permanente a cargo, que la señora TERESA TORRES RIVEROS no trabaja, ni disfruta de pensión alguna y depende económicamente de él, que el 9 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14%.

2

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fl. 23 a 38**), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó se ciertos los numerales 3 a 5 y 9, los cuales tiene relación con que el demandante es beneficiario del régimen de transición, que le fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución No. 116230 del 17 de septiembre de 2012 y que no le fue tenido en cuenta para dicho momento el incremento del 14% establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y la fecha en que fueron reclamados los mismos, en cuanto a los demás hecho indicó no ser cierto el numeral 7 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de diciembre de 2019, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probados los hechos sustento del medio exceptivo de inexistencia del derecho, relevándose del estudio de

las demás propuestas por la pasiva, condenó en costas a la parte demandante en la suma de \$100.000 (CD – fl. 61).

Como fundamento de su decisión, sostuvo el *a quo* que se encuentra demostrada la calidad de pensionado del demandante como da cuenta la resolución No. 116230 del 17 de septiembre de 2017, por medio de la cual se le reconoció una prestación económica por el riesgo de vejez al demandante bajo los presupuestos normativos del Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de \$1.418.053 a partir del 6 de marzo de 2012.

En cuanto al incremento solicitado refiere el Juez que el mismo corresponde al contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, el cual infiere que este incremento no opera de manera automática por el simple hecho de acreditarse la condición de beneficiario del régimen de transición y ser pensionado, sino que se encuentra supeditada al reconocimiento de 2 requisitos: I) tener cónyuge o compañera permanente y II) que dependa económicamente del pensionado. Aduce que sin desconocer el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, por medio de la cual se señaló que dichos incrementos se encuentran derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el Despacho se apartaba de dicho precedente jurisprudencial, en virtud del precedente jurisprudencial establecido por el órgano de cierre de esta jurisdicción y especialidad el cual ha señalado que estos incrementos permanecen vigentes, no obstante, se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Seguidamente, procedió a verificar si se acreditaban los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, encontrando que con la documental aportada y el interrogatorio de parte rendido por el actor y la prueba testimonial se demostraba la condición de compañera permanente de la señora TERESA TORRES, en cuanto a la dependencia económica señaló que no existía prueba alguna que demostrará esa dependencia y los testigos tampoco fueron claros en señalar esa dependencia, es más existían contradicciones, ya que el demandante dijo que vivían con todos sus hijos en la casa de su propiedad de 3 pisos, por su parte la señora ROSANA indicó que solamente vivían con los barones y que la casa era de 2 plantas, el

demandante indicó que los hijos ayudaban de vez en cuando con una suma de \$200.000 a \$300.000 por parte de un hijo y por el otro de \$100.000 a \$50.000, mientras que la testigo ROSANA indicó que los hijos no ayudaban, lo que contradice lo dicho por el demandante, por lo tanto, no genera plena certeza sobre la dependencia económica, además la testigo tampoco había dicho situaciones que demostraran esa dependencia económica, lo mismo sucedió con la declaración de CARLOS TELLEZ quien dijo que no le constaba si los hijos aportaban y que la casa era de 2 pisos.

4

A parte de lo anterior, arguye el a *quo* que, si en gracia de discusión se hubiere superado el requisito de dependencia económica, al verificarse la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, se observaba que al demandante le fue reconocida la pensión mediante resolución 116230 del año 2012, la cual se notificó el 20 de noviembre de 2012 y la reclamación se presentó el 9 de mayo de 2018, por lo que el termino trienal se encuentra más que superado.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes o no, en caso afirmativo se estudiará los requisitos establecidos en la norma y la excepción de prescripción propuesta.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSÉ UBALDINO TORRES TORRES, conforme se infiere de la copia de la Resolución 116230 del 17 de septiembre de 2012 (fl. 16), mediante la cual

el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.418.053 a partir del 6 de marzo de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Incremento por personas a cargo

5

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción

tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

7

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte

constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"
(Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica "(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia, sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora, cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la**

ley 270 de 1996 (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

Aunado a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento se acogió a dicho criterio como se puede ver en la sentencia **SL 2061 del 19 de mayo de 2021**, en la cual dijo:

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada”.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **6 de marzo de 2012**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

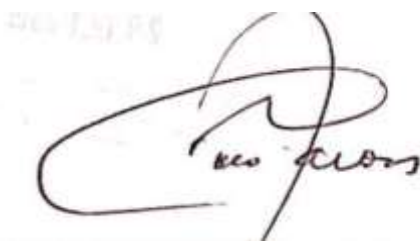
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

11

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR YULIETH RIOS MARTÍNEZ contra JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S. Y MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

La señora **YULIETH RIOS MARTÍNEZ** solicita se **declare** que con la sociedad demandada existió una relación laboral entre el 1° de febrero de 2017 al 7 de marzo de 2017, se **declare** como solidaria responsable a la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA, se **declare** que existió despido indirecto por causa imputable al empleador, se **declare** que se realizó un descuento ilegal. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** a la indemnización moratoria y se **condene** ultra y extra petita (fls.45 a 46).

ORDINARIO LABORAL DE YULIETH RIOS MARTÍNEZ contra JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S.

Los hechos sustento de las anteriores pretensiones se encuentran a folios (fls. 46 a 48). En los cuales se señaló, que suscribió un contrato de trabajo como profesora del establecimiento particular de enseñanza JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S. y la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA por un término inferior a 10 meses, el día 2 de febrero de 2017, que el cargo para el cual fue contratada fue el de profesora de preescolar con una remuneración mensual por valor de \$866.000 más subsidio de transporte por la suma de \$83.140, que para el año 2016, ya había laborado para la misma institución, que en dicho año se brindó un seminario denominado *“formando comunidades de investigación desde el proceso de observación”*, que la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA manifestó que a la terminación del año 2016 daría una certificación por dicho seminario, que pese a los requerimientos verbales y escritos a la fecha no ha recibido el certificado, para el año 2017, se prometió el mismo seminario, por lo que suscribió una autorización para que le fuera descontado de su salario la suma de \$740.000 por pago del seminario, sin embargo, el institución no brindó el seminario ofrecido, que previo a suscribir el contrato de trabajo para el año 2017, cruzo correos electrónicos con la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA para llegar un acuerdo en el salario, que en el mes de enero de 2017, la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA le solicitó apoyo en la matrícula de niños nuevos y antiguos, labor que sería reconocido de manera independiente, que en los correos cruzados se pactó que el salario para el año 2017, sería de \$950.000 mensuales, por lo que inicialmente se realizó un contrato el 1° de febrero de 2017, donde se cumplía con lo pactado; salario mensual de \$950.000 y \$20.000 de transporte, pero el mismo nunca fue suscrito entre las partes, el 6 de marzo de 2017, le fue entregado un contrato de trabajo diferente a lo acordado, variando el valor del salario, motivo por el cual presentó carta de renuncia motivada, que a la fecha la demandada no le ha cancelado la liquidación de sus prestaciones, que mediante derecho de petición solicitó a la institución varios documentos, entre estos, la carta de renuncia motivada que fue presentada y que se devolvió sin sello de recibido y la autorización del descuento por el pago del seminario.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S.** y la señora **MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA** contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 9, 16, 22 a 24 y 26, parcialmente ciertos los numerales 1 a 4 y 11, los cuales tiene relación con el contrato laboral que se suscribió entre las partes, precisando que el mismo fue suscrito únicamente con el JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S., en que la demandante sí fue contratada como docente, pero para el grado transición, que el salario pactado lo fue en la suma de \$866.860, acepta el contrato laboral suscrito en el año 2016, pero aclara que lo fue solo con el JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S., acepta la autorización que suscribió la demandante para descontar de su salario y prestaciones sociales la suma de \$740.000 por concepto de pago de un seminario, que es cierto que existió una negación con la con la intención de subir la remuneración a la suma de \$950.000, pero nunca se concretó, quedando establecido en el contrato suscrito el 2 de febrero de 2017 que sería de \$866.860, acepta que la demandante presentó derecho de petición, también reconoce que la renuncia presentada por la actora, indicando que según protocolos administrativos, no es necesario que las cartas de renuncia de los empleados tengan el sello de recibido para que sean aceptadas, que además cuando la demandante presentó la carta de renuncia no volvió a presentarse en sus instalaciones. En cuanto a los demás hechos manifestó no ser ciertos y propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (fls. 99 a 110).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 30 de julio de 2019, **declaró** probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación que propuso el extremo pasivo,

absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la parte actora (CD fl.170).

Como argumento de su decisión, indicó no existía discusión en cuanto a que entre las partes había existido un contrato de trabajo por término inferior a 1 años (10 meses), que inició el 2 de febrero de 2017 y finalizó el 7 de marzo de esa misma calenda por decisión de la demandante al presentar carta de renuncia, así mismo, quedaba acreditado que el cargo a desempeñar era el de docente escolar, procediendo la *a quo* a verificar si se dieron los presupuestos del despido indirecto, observando que la demandante invocó como motivo de la renuncia inconformidad personal referente a las condiciones laborales, ya que inicialmente se había pactado unos acuerdo que a la fecha habían sido incumplidos, adicionalmente se firmó un contrato y el día 6 de marzo de 2017 y le hicieron entrega de otro contrato el cual fue cambiado sin su consentimiento.

En relación a lo anterior, refiere la sentenciadora que si bien la demandante no especificó la causal en la cual incurrió la empleadora que la indujera a dar por terminado el contrato de trabajo de la motivación de la misma se infería que encuadraba en la prevista en el numeral 1° del literal b.) del artículo 62 del CST que establece como causal el haber sufrido engaño por parte del patrono respecto de las condiciones de trabajo, para verificar si dicha situación se dio, establece la Juez que la demandante refiere en el escrito introductorio que en el año 2017 cruzó correos electrónicos con la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA a efectos de llegar a un acuerdo en el salario donde se convino que la asignación básica mensual sería de \$950.000, razón por lo que suscribió un contrato el 1° de febrero de 2017, más un auxilio de transporte de \$20.000 y después le fue entregado un contrato con un salario distinto, que al verificarse el material probatorio encontraba el despacho que efectivamente se encuentran mensajes de datos correspondientes a correos electrónicos de conversaciones sostenidas entre la demandante y PATRICIA PÉREZ de cuya lectura se desprendía que estaban acordando el valor del salario, indicando la actora que consideraba como salario la suma de \$1.000.000, haciendo la institución el ofrecimiento de hasta la suma de \$950.0000, más adelante obra copia del contrato laboral

suscrito entre las partes con un salario de \$866.860, más un auxilio de transporte de \$83.140, documento que se encuentra refrendado con la firma de la demandante, la representante legal del jardín infantil y un testigo.

De acuerdo a lo anterior, considera la Juez que de las conversaciones surtidas vía correo electrónico no tiene la virtualidad de demostrar la cuantía de la remuneración que correspondía el contrato 2017 y que reclama la actora, esto es, \$950.000, partiendo que desde el inicio se pactó que la existencia de un contrato de trabajo escrito, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del CST, las condiciones que debía regir el mismo son las consignadas en el respectivo documento, de modo que las conversaciones que pudieron haber tenido las partes previo a la suscripción del convenio no tiene la entidad suficiente para que se modifique lo consignado en el contrato, menos cuando en esos correos no se evidenciaba que las partes hubieran acordado un salario de \$950.000 más un auxilio de transporte, tampoco se acreditó por la actora que se hubiere entregado por la demandada dos contratos, aunado a que el aportado no contiene la rúbrica de la representante legal de la demandada y el cual tampoco fue reconocido por ella en interrogatorio de parte, mientras que la parte actora en su interrogatorio sí reconocía el contrato suscrito entre las partes.

De otra parte, asegura la *a quo* que tampoco existe certeza de que la demandada no hubiera entregado el certificado del diplomado al que asistió la demandante, toda vez que no obra constancia de que la demandante hubiere estado inscrita en seminario alguno para esa anualidad, en esa medida los motivos esgrimidos en la carta de renuncia no alcanzaron demostración en el juicio. Arguye también la sentenciadora que tenerse como veraz y auténtico el contrato de trabajo que reposa a folios 20 a 21 del plenario en donde se estipuló que el contrato de trabajo corresponde al 2 de febrero al 7 de marzo de 2017, con un salario de \$866.860 y un auxilio de \$83.140, debía determinarse si la liquidación efectuada se encontraba ajustada, encontrando que la misma en efecto se encuentra conforme a derecho.

No obstante, en ella se encuentra un descuento autorizado por la demandante de \$740.000 que al ser aplicado a la liquidación final arrojó un saldo pendiente a favor de la institución demandada de \$322.837, en cuanto a este descuento conforme a lo dispuesto en el numeral 1° de artículo 141 del CST el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario sin orden suscrita por el trabajador, que revisada las pruebas se tiene que a folio 95 se encuentra la autorización expresa de la demandante en la que faculta a la demandada para que descuenta de su salario y/o prestaciones sociales la suma de \$740.000 y la transfiera a la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA EN COLOMBIA para un seminario, también obra la matricula del seminario, además la demandante confesó en su interrogatorio de parte como se iba a pagar el seminario, aunque aseguró que el seminario era obligatorio, empero no logró demostrar que haya sido coaccionada a inscribirse, como tampoco es recibo que manifieste que no tomó el seminario cuando los documento prueban que se matriculó, quedando acreditada la legalidad del descuento.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación señalando que la Juez manifestaba que no se probó el despido indirecto, frente a lo cual debe tenerse de presente que fue aportado el contrato y tenido como prueba, además en la contestación de la demanda no fue tachado de falso, tampoco fue objeto de discusión el contrato por la suma de los \$950.000, tampoco fue objeto de rechazo por la contra parte los mensajes de datos que fueron cruzados con la señora MARTHA desde su correo personal, de donde se desprende que efectivamente hubo un acuerdo de pago por la suma de \$950.000 mensuales, siendo que precisamente con estas pruebas documentales que se demuestra la mala fe de la demandada, que precisamente al declarar en interrogatorio de parte la señora MARTHA claramente iba a negarlo, por lo tanto, considera que no se le está dando el valor probatorio a dichas documentales, en donde se puede verificar la variación de las condiciones laborales, si bien el contrato de trabajo no se encuentra suscrito entre las partes hizo parte del proceso.

En cuanto al descuento ilegal, si bien se encuentra la autorización suscrita por la demandante se encuentra también demostrada la mala fe, que se observa con la fecha de suscripción de todos estos documentos que fueron suscritos el 1° de febrero de 2017, fecha en que se firmó el contrato de los \$950.000 y posteriormente, aparece un contrato con fecha 2 de febrero de 2017, debe tenerse en cuenta la falsedad del testimonio que rinde la señora MARTHA, si bien ese descuento generó una obligación civil debe tenerse en cuenta que era resorte de la fundación que hace parte del mismo jardín, por lo que se solicitó dentro del proceso tenerse en cuenta la cámara de representación de la fundación de donde se podía verificar que la señora MARTHA y su esposo son los mismos representantes y si bien es cierto cuando se solicitó la prueba ya no se estaba dentro de los términos probatorios de manera suplicante se le solicitó a la juez tenerla en cuenta porque era necesaria para demostrar la mala fe, igualmente la suscripción de ese seminario era con la condición de recibirlo, pero nunca se le informó dónde y cuándo se iba a realizar. Por último, sobre la solidaridad se dan todos los presupuestos que exige el artículo 36 del CST, se demuestra que la señora MARTHA actuó como persona natural y actuó como representante legal del jardín.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En estricta consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión verificar si se dieron las condiciones del despido indirecto y como consecuencia si debe reconocerse la indemnización por despido sin justa causa. Así mismo, se analizará si la demandada adeuda acreencias laborales a la actora y si le era permitido al empleador el descuento de sus prestaciones por deudas a terceros, también se verificará si procede la indemnización moratoria y si existió responsabilidad solidaria con la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA.

Despido indirecto

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el párrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En el presente asunto la parte actora allega al plenario carta de renuncia de fecha 7 de marzo de 2017 (fl.31), en la cual alega como motivos de su decisión, los siguientes:

“por medio de la presente me dirijo a ustedes para manifestar mi renuncia debido a la inconformidad personal referente a las condiciones laborales, ya que inicialmente se había pactado unos acuerdos que hasta la fecha fueron incumplidos, adicionalmente se firmó un contrato y el día 06/03/2017, me hicieron entrega de un contrato el cual había sido cambiado sin su consentimiento, seguidamente llevo un año esperando el certificado del diplomado referente al año 2016 y actualmente no me ha hecho entrega formal del mismo.

Por los motivos expuestos informo de la manera más respetuosa que acompaño mis labores como docente en la institución hasta el día de hoy 7 de marzo de 2017”.

Como bien lo mencionó la *a quo*, en efecto teniendo en cuenta las razones que motivaron la renuncia de la actora, consiste en la justa causa establecida en el numeral 1° del literal b.) del artículo 62 del CST, que establece “1. El haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto de las condiciones de trabajo”, como prueba de su dicho la demandante aporta al expediente correos electrónicos cruzados entre ella y la señora PATRICIA PÉREZ a través del correo electrónico marpaty61@yahoo.com, de fecha 12 de enero de 2017,

en los cuales la señora YULIETH RIOS manifiesta sus pretensiones salariales para el año 2017 en el suma de \$1.000.000, en donde la señora PATRICIA PÉREZ le hace una contrapropuesta en la suma de \$950.000, suma que finalmente fue aceptada por la actora (fls. 2 a 7), se aportó un contrato laboral con fecha de iniciación 1° de febrero de 2017 y terminación 30 de noviembre de 2017, en el cual se establece como cargo a desempeñar docente grado transición, salario \$950.000, más auxilio de transporte en la suma de \$20.000, el cual tiene como fecha de suscripción 1° de febrero de 2017 y contiene únicamente la firma de la demandante (fls. 8 a 11), se aportó otro contrato con el mismo cargo, extremos laborales, pero con un salario distinto correspondiente a la suma de \$866.860, más un auxilio de transporte de \$83.140, el cual se encuentra suscrito por la demandante, la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA y un testigo (fls. 20 a 23).

Del recuento de las pruebas documentales aportadas, la parte demandada desconoce el contrato laboral que contiene el salario de \$950.000, indicando que el único salario pactado entre las partes es el contrato que señala como salario \$866.860, más un auxilio de transporte de \$83.140, si bien el contrato que contiene el salario de \$950.000 no se encuentra suscrito por la demandada, pues tan solo cuenta con la firma de la actora, lo cual conllevaría a establecer que efectivamente el único contrato valido sería el que contiene la firma de las partes, empero para la Sala el contenido de los correos electrónicos en los cuales se acuerda el salario y la renuncia de la demandante dejan entrever que en efecto la accionada incumplió con lo acordado, pues del contenido de los mismos se tiene que el empleador se comprometió con la demandante a pagar la suma de \$950.000 como salario, a pesar de ello suscriben un documento con una suma inferior, sin demostrarse las razones por las cuales disminuye el valor del salario cuando previamente fue acordado otro valor, téngase en cuenta que los documentos que contienen los correos electrónicos no fueron desconocidos, ni tachados por la parte demandada.

Además, salta a la vista del contenido de los correos electrónicos que la actora incluso solicitó insistentemente que le fuera reconocido como salario la suma de \$1.000.000, igualmente señaló que en menos de ese valor no laboraría,

siendo el motivo por el cual la señora PATRICIA PÉREZ le propone como salario la suma de \$950.000, sin que puntualizará que en dicho valor iba inmerso el auxilio de transporte, entonces no resulta convincente que de un momento a otro se aceptará por parte de la demandante un valor inferior, de lo contrario, al haber presentado su carta de renuncia motivando dicha inconformidad, conlleva a establecer que los argumentos de la promotora del proceso resultan valederos, pues si bien no existe certeza de que el segundo contrato con el cual se disminuye el salario fuere firmado en el mes de marzo de 2017 y el primero, que contiene un mayor salario en el mes de febrero de 2017, toda vez que no reposa una prueba específica que así lo determine, llama la atención que el contrato del salario de \$950.000 señala que se suscribió el 1° de febrero de 2017, mientras que el contrato que estipula la suma de \$866.860, no tiene la fecha en que fue suscrito.

Aunado a que, tampoco resulta razonable que la demandante tuviere en su poder copia de un contrato laboral con una suma superior, pero con las mismas especificaciones del contrato del salario inferior, sin que sobre ello exista una explicación por parte de la demandada, más aún cuando dicho contrato contiene los logos del jardín, de manera que si no provenía de la institución debió ser tachado de falso, lo cual no ocurrió, es por ello que conlleva a establecerse que el contrato sí fue impreso por parte del jardín, siendo entonces fundamentos razonables para establecer que se encuentra demostrado que el empleador incumplió las condiciones laborales acordadas, por lo tanto, el despido se dio por causa imputable al empleador, lo cual trae inmerso el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST.

Del contenido de dicha norma, refiere que en relación a los contratos a término fijo, el valor de la indemnización concierne los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; teniendo en cuenta que la modalidad contractual acordada entre las partes fue a término fijo con duración 10 meses, esto es, del 1° de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2017, y la relación laboral finalizó el 7 de marzo de 2017, deberá la accionada pagar a la demandante el valor de los salarios del tiempo que le faltare para finalizar el contrato, que corresponde

a los salarios del 8 de marzo al 30 de noviembre de 2017 y que equivalen a la suma de **\$8.359.984.**

Acreencias laborales

Sostiene la parte actora que la demandada le adeuda cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones del tiempo laborado, revisada la liquidación final de prestaciones aportado por la parte demandada, se tiene que la institución liquidó las acreencias de la actora teniendo en cuenta como salario base la suma de \$866.860, más un auxilio de transporte de \$83.140, sumas que no corresponde a la realidad, como bien quedó demostrado en el presente proceso, por consiguiente, se procede a efectuarse nuevamente las sumas aritméticas teniéndose como base salarial la suma de \$950.000, más auxilio de transporte de \$20.000, del periodo comprendido entre el 1° de febrero al 7 de marzo de 2017, excluyéndose del cálculo de las vacaciones el auxilio de transporte conforme a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1° de 1963, lo cual arroja los siguientes valores:

Cesantías: \$99.695

Intereses a las cesantías: \$1.230

Primas: \$99.695

Vacaciones: \$48.819

Descuentos ilegales

Establecen los artículos 149 y 151 del CST, lo siguiente:

“ARTÍCULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS:

“1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento (...).”

“ARTICULO 151. AUTORIZACION ESPECIAL. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.

Cuando pese a existir el acuerdo, el empleador modifique las condiciones pactadas, el trabajador podrá acudir ante el inspector de trabajo a efecto de que exija su cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones”.

A folio 117 del proceso obra autorización expresa de la demandante en la cual autoriza al JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S. para que descuenta de su salario y/o prestaciones sociales la suma de \$740.000 y la transfiera en favor de la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA EN COLOMBIA para el pago de un seminario denominado FORMANDO COMUNIDADES DE INVESTIGACIÓN DESDE EL PROCESO DE OBSERVACIÓN, suma que deberá ser consignada a órdenes de dicha fundación, a folio 118 se encuentra la matricula del seminario en donde efectivamente consta como valor la suma de \$740.000 y a folios 120 a 121 se encuentra pagares en blanco firmados por la demandante.

Si bien de las probanzas arrojadas, existe constancia de autorización por parte de la demandante para el descuento de sus salarios y/o prestaciones por concepto de un seminario al cual se matriculó, para la Sala, no es dable inferir un comportamiento revestido de buena fe por parte del empleador, pues en principio la demandante ha venido recalando que dicho seminario ya había sido exigido por la accionada en el año 2016, donde anteriormente había prestado también sus servicios laborales del cual no se le expidió certificación de su participación, si bien no obra constancia de que la realización del mismo haya sido exigido por la accionada, ni que la fundación que brindó dicho seminario sea de propiedad de la institución como lo manifiesta la actora, salta a la vista que las dos veces que la demandante se vinculó a la institución se realizó dicho seminario, que por cierto, tenían una duración por el mismo término del contrato laboral suscrito con la demandada, como se puede ver de la matricula del seminario de 2017, en el ordinal quinto en el cual se estipula que el mismo tenía una duración de 40

horas el cual terminaría el 30 de noviembre de 2017, siendo suscrita la matrícula el 1° de febrero de 2017.

Lo cual deja ver que el mismo pretendía capacitar a la demandante para ejercer cabalmente la labor que prestaba a la demandada, de modo tal que obedecían a la obligación de que trata el numeral 1° del artículo 57 del CST, a cargo del empleador y no debiendo la trabajadora que soportar dicha obligación. Ahora, si bien se supusiera que en efecto dicho seminario se realizó por voluntad propia de la actora y sin injerencia de la demandada, tampoco se debió haber efectuado el descuento de la matrícula sobre sus prestaciones sociales, a pesar de existir autorización de la demandante, pues los artículos 149 y 151 del CST hacen referencia a obligaciones directas entre el empleador con el trabajador y no de obligaciones con terceros, resultando entonces que la deducción efectuada por la institución fue ilegal, por lo tanto, la demandada no debió permitir dicha autorización que afectaban aspectos irrenunciables de la trabajadora, poniéndose en el papel de cobrador de un tercero, sumado al hecho de que no existe constancia de que una vez deducidas las prestaciones sociales de la demandante la institución efectuó el pago de la matrícula, pues dentro del caudal probatorio no existe constancia de consignación alguna a favor de la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA EN COLOMBIA, inclusive la actora manifiesta no haber participado en la misma, quedando con ello demostrado que la llamada a juicio no cumplió con lo expresamente solicitado por la demandante y comprobándose aún más que la retención de sus acreencias fueron ilegales.

Así las cosas, deberá la institución demandada pagar a la demandante el valor de la liquidación final de prestaciones con los valores aquí liquidados, más el valor del salario del periodo comprendido entre el 1° al 7 de marzo de 2017, que corresponde a la suma de **\$241.662.**

Solidaridad

Ahora, en lo que respecta a la solidaridad de la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA representante legal y socia del JARDÍN Y GIMNASIO

PSICOPEDAGOGICO S.A.S., al tratarse de una sociedad por acciones simplificadas – SAS, debe tenerse en cuenta lo normado en el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008, en lo atinente a la responsabilidad de los accionistas, al señalar:

“CONSTITUCIÓN. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.*

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Norma esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2014, al considerar:

“La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el límite al monto de los aportes no constituye una vulneración por parte de la ley de los derechos laborales o sociales, por cuanto le está permitido al Legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho.

El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país.

La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 CP.

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación,

pauliana y otras—y jurisprudenciales -acción de tutela- en procura de la defensa de sus derechos.

El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

De donde se colige, que los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, no son responsables de obligaciones laborales entre otras, en que incurra la sociedad, salvo lo previsto en el artículo 42, de la referida ley, el cual dispone:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. *Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

Siendo ello así, es claro que los accionistas responden solidariamente por las obligaciones nacidas de actos defraudatorios y de los perjuicios causados con estos, siempre que hubieren realizado, facilitado o participado en ellos, siendo la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los Jueces Civiles del Circuito, la competente para conocer sobre la indemnización de los perjuicios derivados de los referidos actos.

De suerte que, en tratándose de acreencias laborales, se escapa de la órbita de la especialidad laboral, el determinar la existencia de los actos defraudatorios en que haya podido incurrir el accionado en calidad de accionista del JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S., para el no pago de las acreencias

laborales que se causaron en favor de la actora, pues pese a que se trate de obligaciones emanadas de un contrato de trabajo, no es competente para pronunciarse sobre ello, pues, se itera, la Corte Constitucional en la sentencia en cita, avaló la norma en el sentido que estas personas no son responsables de las obligaciones laborales en que haya incurrido la sociedad, salvo que hayan facilitado, participado o realizado actos fraudulentos y cuya existencia e indemnización derivada de estos, es competencia de la especialidad civil como lo plasmó el legislador en la norma en comento y de la cual, dicha Corporación hace alusión en el proveído al que se hizo referencia.

De lo expuesto, no habrá más lugar que **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S., de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **CONDENAR** al JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S. las siguientes sumas y conceptos conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia:

-Indemnización por despido sin justa causa: \$8.359.984

-Cesantías: \$99.695

-Intereses a las cesantías: \$1.230

-Primas: \$99.695

-Vacaciones: \$48.819

-Salario del periodo comprendido entre el 1° al 7 de marzo de 2017: \$241.662.

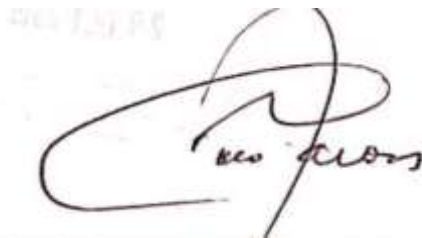
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia, en el sentido de **ABSOLVER** de las condenas aquí impuestas únicamente a

ORDINARIO LABORAL DE YULIETH RIOS MARTÍNEZ contra JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S.

la señora MARTHA PATRICIA PÉREZ HERRERA, en calidad de responsable solidaria, de acuerdo a lo señalado en el parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada JARDÍN Y GIMNASIO PSICOPEDAGOGICO S.A.S.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

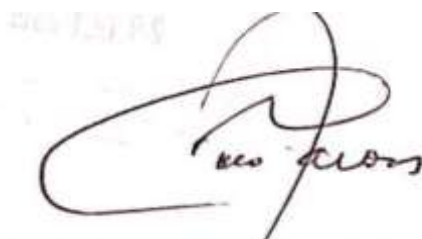


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILMA PATRICIA MARIN GÓMEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **GILMA PATRICIA MARIN GÓMEZ**, se **declare** la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP COLFONDOS en octubre de 2005, por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento, se **declare** que nunca ha efectuado un traslado valido al régimen de ahorro individual con solidaridad, se **declare** que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliada es COLPENSIONES, se **declare** que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo preceptuado en la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLFONDOS S.A. a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio del consentimiento, se **condene** a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, se **condene** a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero

que figuren en su cuenta de ahorro individual que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones etc., se **condene** a COLPENSIONES a actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls.4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.5 a 8), señaló en síntesis que nació el 18 de diciembre de 1959, que efectuó cotizaciones a COLPENSIONES desde el 28 de febrero de 1978 al 30 de noviembre de 2005, para un total de 937,71 semanas de cotización, que en el mes de octubre de 2005 se trasladó a la AFP COLFONDOS quien no le informó sobre las implicaciones de trasladarse, no le brindó información sobre las desventajas de afiliarse a dicho régimen, que para el momento del traslado de régimen contaba con un salario equivalente a \$3.000.000, que durante su permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, que el día 17 de agosto de 2018, solicita ante COLFONDOS anular la afiliación y el 15 de agosto del mismo año realiza la misma solicitud ante COLPENSIONES, entidades que dieron respuesta negativa a la solicitud, la primera, el 12 de septiembre de 2018 y la segunda, el 16 de agosto de 2018, que a la fecha de presentación de la demanda acreditaba 57 años de edad y más de 1,555 semanas de cotización reuniendo los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión de vejez, que el día 23 de agosto de 2018, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y el 30 de agosto de 2018, reportó el retiro del sistema pensional, COLPENSIONES rechazó la solicitud de pensión el 23 de agosto de 2018.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 13, 15, 16, 18, 29 a 32, 35 y 37, parcialmente ciertos los numerales 14 y 34, los cuales tiene relación con los aportes efectuados en dicha entidad, fecha de traslado

al RAIS, solicitud de traslado ante las entidades demandadas, fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión y rechazo de la misma, en cuanto a los demás hechos manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones (fls. 113 a 121).

COLFONDOS S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 17, 18, 29, 31, 35 y 36, los cuales tiene relación con la fecha de nacimiento de la actora, salario que devengaba para el momento de traslado de régimen, fecha de traslado al RAIS, solicitud de nulidad de afiliación prestada por la demandante ante dicha entidad y negativa, solicitud de reconocimiento pensional y fecha de retiro del sistema pensional, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 19, 20 a 27 y 33, en cuanto a los demás señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de 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 nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls.139 a 159).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de enero de 2020 (CD – fl.191), **declaró** nula o inválida la afiliación efectuada por la demandante el día 26 de octubre de 2005, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora COLFONDOS S.A., como consecuencia de lo anterior, **ordenó** a COLFONDOS S.A. a trasladar los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y acreditar como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la declaración de nulidad y eficacia que

se ha dispuesto, **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la actora la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, la cual será efectiva a partir del 1° de septiembre de 2018, que deberá ser liquidada por COLPENSIONES teniendo en cuenta el salario de cotización más alto que se obtenga entre lo cotizado durante toda la vida laboral o los 10 últimos años y aplicar la tasa de remplazo de corresponda, según la densidad de semanas que se han analizado en la sentencia, **ordenó** a COLPENSIONES pagar el correspondiente retroactivo, mesadas pensionales, que se han venido causando a favor de la demandante, desde el 1° de septiembre de 2018 y hasta que se haga efectivo el pago, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas y se **abstuvo** de condenar en costas.

Como fundamento a su decisión, el *a quo* señala que teniendo en cuenta la prueba documental aportada al plenario, se tiene que la actora se encontraba afiliada al ISS y posteriormente, el 26 de octubre de 2005, se afilió a COLFONDOS, refiere que dicha entidad audiencia la demandada COLFONDOS se allana a las pretensiones de la demanda a fin de que sea absuelta a la condena en costas y agencias en derecho, considerando entonces el sentenciador de primer grado que con ello la demandada aceptaba la nulidad de la afiliación por falta del deber de información, no obstante, procedía a verificar la legalidad el mismo, haciendo referencia a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado en la cual se hace el análisis del deber de información a cargo de las AFP, procediendo entonces a declarar la nulidad de la afiliación efectuada por la actora ante COLFONDOS.

Seguidamente, procedió a estudiar la solicitud pensional indicando que la demandante nació el 18 de diciembre de 1959, es decir, que cumplió los 57 años de edad el 18 de diciembre de 2016, acreditando un total de 1,560, superando la densidad exigida por la norma cumpliendo con los presupuestos para adquirir el derecho pensional. En cuanto al disfrute de la pensión, indicó que la novedad de retiro del sistema fue presentado por la actora en agosto de 2018, por lo tanto, la prestación pensional se hace exigible a partir del 1° de septiembre de 2018, en cuanto al monto señala

que no se encuentra acreditado dentro del expediente los salarios de cotización que presenta la demandante ante COLFONDOS, existe la historia laboral hasta el 2005, la parte actora allega un proyecto de liquidación pero no existe ningún elemento probatorio que indique que realmente corresponde al IBC, ordenando a COLPENSIONES a efectuar la liquidación de la mesada pensional una vez se trasladen las cotizaciones de la actora del RAIS a dicho fondo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP COLFONDOS S.A. en octubre de 2005, declarada por el *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social. Así mismo, se estudiará si la demandante cumple con los requisitos para la pensión de vejez y si operó o no la excepción de prescripción.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo

indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción de la ineficacia del traslado de régimen

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período

determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 18 de diciembre de 1959 (fl.36), por lo que a la fecha cuenta con 62 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto a las semanas, se tiene que de la historia laboral en COLPENSIONES la demandante acredita del 28 de febrero de 1978 al 30 de noviembre de 2005 un total de **939 semanas** de cotización (fls.177 a 181), y en el RAIS conforme a la documental que milita a folio 43 a 44, COLFONDOS certifica que la actora en dicho régimen acumuló un total de **621 semanas** de cotización, por lo que sumadas las cotizaciones efectuados en los dos regímenes pensionales la actora reúne un total de **1,560 semanas** de cotización lo que la hace acreedora a la pensión solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, a folio 84 obra planilla de autoliquidación de aportes del mes de septiembre de 2018, en la cual se reporta la cotización a pensión del mes de agosto de 2018 y además se refleja que se encuentra señalada la casilla “RET” en lo que respecta las cotizaciones a pensión a COLFONDOS, entendiéndose con ello que a partir de dicha data fue retirada del sistema, situación que igual se confirma con la contestación de la demanda por parte de COLFONDOS al aceptar el hecho 36 del libelo demandatorio, por consiguiente, el disfrute pensional será a partir del **1° de septiembre de 2018**, como lo tuvo por sentado el *a quo*.

En cuanto al cálculo de la **mesada pensional** se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral o los últimos 10 años dependiendo de cual le sea más favorable, al haber acreditado más de 1,250 semanas de cotización, al revisarse el caudal probatorio en efecto no obra constancia de los IBC reportados a COLFONDOS año a año durante el tiempo en que estuvo afiliada a dicho fondo, siendo imposible poder realizar el cálculo de la mesada pensional, en tal manera, se mantendrá la decisión del Juez de primera instancia en cuanto a que COLPENSIONES deberá efectuar la liquidación de prestación conforme a los parámetros aquí anotados y las semanas señaladas una vez COLFONDOS efectué el traslado de los aportes del actora en dicho fondo.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que la demandante adquirió el derecho a la pensión a partir del mes de agosto de 2018, momento en que se retiró del sistema pensional, contando con la edad y semanas requeridas para adquirir el derecho, solicitó el pago de la prestación el 23 de agosto de 2018, la cual fue negada en la misma fecha (fls.50 y 64) y la demanda se instauró el 3 de diciembre de 2018 (fl.105), sin que durante dicho interregno superara los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

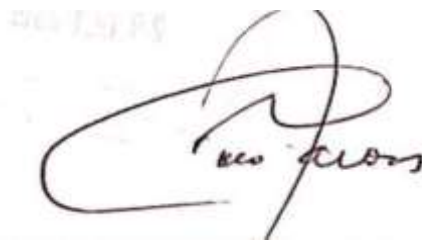
NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANDRÉS HENZ GIL CRISTANCHO
CONTRA PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **ANDRÉS HENZ GIL CRISTANCHO** solicita se **declare** que prestó sus servicios profesionales como abogado a la señora PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY. En consecuencia, se **condene** al pago de los valores adeudados hasta la fecha en que se verifique la última actuación dentro del proceso en cuestión, se **condene** a que los valores sean indexados, se condene al pago de intereses moratorios y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 30 a 31).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 29 a 30 del plenario en los cuales se manifestó que la señora PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY acudió a su oficina con el fin de que la asesorara sobre la obtención de un reconocimiento y pago de los posibles daños materiales y

morales causados por el hurto en que fue objeto su apartamento ubicado en la carrera 99 No. 12 A-60 torre 5, por lo hechos denunciados el 8 de junio de 2008, en razón a ello le otorgó poder el 24 de febrero de 2011, para que presentara demanda ordinaria ante los Juzgados Civiles Municipales de reparto por daños y perjuicios de orden material contra la agrupación residencial PUEBLO NUEVO ETAPAS 1 SUB ESTAPA 1 A, representada legalmente por el señor JAVIER ALEJANDRO BERNAL GARZÓN o quien hiciera sus veces, que estuvo asesorando a la demandante lo suficiente hasta comunicarle que debía agotar la vía de la conciliación con los representantes legales del conjunto residencial donde había ocurrido el hurto, audiencia que se llevó a cabo el 3 de julio de 2012, que al no llegarse acuerdo conciliatorio se decidió presentarse la respectiva demanda ante los Juzgados Civiles correspondiéndole al Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá, que como contraprestación del servicio prestado la demandante se obligó a reconocerle y pagarle el 20% de lo obtenido en virtud de la gestión encomendada, la cual se ejecutó hasta lograr sentencia a su favor, pero a la fecha se encuentra el proceso en etapa probatoria y aun así no existe queja alguna en su contra, que la demandante no ha cubierto ningún tipo de honorarios hasta donde se ha desarrollado el proceso a pesar de que aún continua ejecutando su labor revisando el expediente, que le ha hecho a la demandante varios requerimientos de cobro.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La señora **PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY** contestó a través de **curador ad litem** oponiéndose a las pretensiones de la demanda y manifestando ser cierto el hecho 5 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (fls. 109 a 111).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 11 de julio de 2019, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las

pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de \$300.000 (**CD fl.241**).

Como argumento de su decisión, indica el *a quo* que en el presente caso el demandante se comprometió a instaurar demanda de mayor cuantía de responsabilidad civil contractual en contra de PUEBLO NUEVO SUB ETAPA 1ª, representada por JAVIER ALEJANDRO BERNAL y contra la EMPRESA GAVILAN VIGILANCIA LTDA, con el fin de que se reconociera el daño emergente y lucro cesante junto con perjuicios materiales que fue objeto de hurto del apartamento de propiedad de la demandante, lo anterior conforme al poder obrante dentro del expediente del 20 de febrero de 2013, por lo que se advertía que entre las partes había existido un acuerdo para la prestación de servicios profesionales de abogado a partir de dicha data.

En cuanto a la remuneración de la prestación de servicios, se tenía que en el hecho 6 de la demanda precisaba que había correspondido a el 20% de lo obtenido en virtud de la gestión encomendada, de lo cual se podía extraer de la confesión del demandante que se trata de un resultado para dar la remuneración, igualmente con la documental a folio 207 mediante la cual la señora PAOLA ALBARRACÍN le exteriorizó al Juzgado 8° Civil del Circuito con memorial del 14 de febrero de 2014, que entre ella y el demandante se había pactado unos honorarios bajo la modalidad de *cuota Litis*, por lo tanto, es la modalidad que se pactó entre las partes es la obtención de un % del pleito siempre que este se gane, lo cual era dable concluir que la *cuota Litis* dependía necesariamente del resultado favorable de la sentencia, lo cual convierte los honorarios en retribución aleatoria, pues del resultado del proceso depende el pago del mismo de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Precisa el sentenciador que analizadas las pruebas arrojadas al expediente que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de los derechos que alega a la demanda dado que al haberse pactado la remuneración como *cuota Litis* para su prosperidad era necesario que su pretensiones saliera adelante lo

cual no ocurrió, sin que fuera relevante el hecho de que se hubiere revocado el poder, por cuanto era condición necesaria la prosperidad parcial o total de las pretensiones porque fue el querer primigenio de las partes el cual el primero se obliga a presentar la demanda de responsabilidad civil contractual con el fin de que reconocieran daños y perjuicios de la propiedad, entonces, al no recibir suma de dinero por la gestión, ninguna remuneración hay lugar a reconocer, máxime cuando tampoco se probó cual fue el % que se pactó entre las partes, tampoco se acreditó que las partes hubieren pactado un % individualizado por actuación, en tal sentido no era posible acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **la parte actora** interpuso recurso de apelación argumentando que no existió un contrato o acuerdo entre el demandante y la demandada que determine que existió *cuota Litis* y de haber sido así, la demandante revocó el poder de forma unilateral, no se encuentra demostrado que fue por mutuo acuerdo de las partes, de considerarse que en la Corte Suprema de Justicia la Sala Civil indica que los litigantes se sustentan es en el poder otorgado en la forma autorizada de acuerdo al artículo 65 CPC, articulado que llega al caso a ser aplicable, pues esto ocurrió en el 2014 y generalmente lo concerniente es un contrato de mandato que se refiere el artículo 2144 del Código Civil, según el cual los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a la que está unida la facultad de responder y obligar a otra respecto de terceros se sujeta a las reglas del mandato, de tal manera que lo atinente a las prestaciones del mandatario es el artículo 2143 del CPC, el cual establece que el mandato puede ser gratuito o remunerado y la remuneración es determinada por convención de las partes, no de una sola antes o después del contrato por la ley y por el juez y acorde con la reglamentación. Además, tiene derecho a reclamar honorarios sin que interesen los motivos que llevaron a los mandantes a terminar el mandado, de tal manera no está conforme con la sentencia emitida y por lo tanto, solicita se revoque.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión, establecer si debe reconocerse honorarios profesionales por la gestión realizada por el Doctor ANDRÉS GIL CRISTANCHO a favor de la señora PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY dentro del proceso ordinario de mayor cuantía por responsabilidad civil contractual que se llevó a cabo ante el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá.

Honorarios profesionales

Como bien se sabe el régimen legal que regula la prestación profesional, es la prevista para el contrato de mandato en virtud de lo definido en el artículo 2144 del Código Civil. Así mismo, en lo referente a la retribución, el artículo 2143 de la misma normatividad dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención de las partes, por la ley o por el juez, lo cual se encuentra en armonía con lo consagrado en el artículo 2184 ibídem, en su ordinal 3°, que prevé que el mandante está obligado entre otras cosas, a pagar al mandatario “...la remuneración estipulada o usual...”.

Frente a las gestiones judiciales que fueron desplegadas por el profesional del derecho a favor de la demandante, se encuentran demostradas con las copias del proceso No. 2013-093 que se adelantó el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá y que milita a folios 136 a 238, en donde se desprende que la señora PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY le confirió poder al Doctor ANDRÉS GIL CRISTANCHO a fin de que se adelantaré demanda ordinaria de mayor cuantía por responsabilidad civil contractual en contra de la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL PUEBLO NUEVO ESTAPAS 1 SUB ETAPA 1 A y la empresa de vigilancia GAITÁN VIGILANCIA LTDA, encontrándose como actuaciones surtidas presentación de la demanda con fecha de radicación 6 de febrero de 2013, admisión de la misma mediante auto de fecha 12 de marzo de 2013, notificaciones surtidas por el actor en contra de las demandadas, asistencia a la audiencia de conciliación y trámite del artículo

101 del CPC que se adelantó el 2 de octubre de 2013 y solicitud de calificación de preguntas para los testigos de fecha 15 de enero de 2014.

Mediante memorial del 14 de febrero de 2014, la señora PAOLA ALEXANDRA ALBARRACIN VANOY presenta memorial ante el Juzgado en mención en el cual solicita la revocatoria del poder del Doctor ANDRÉS GIL CRISTANCHO aduciendo que el motivo de su decisión consistía en que el apoderado le solicitó la suma de \$60.000.000 como retribución a su gestión la cual no ha terminado, que entre las partes se pactó unos honorarios a *cuotas Litis* y por esa razón no se ha cancelado suma alguna (fl.207), a través de auto de fecha 20 de febrero de 2014, el Juzgado revocó el poder conferido al demandante (fl.208). Como bien lo manifiesta el *a quo* en el escrito de demanda en el hecho sexto el actor confiesa que la demandada se obligó a reconocerle y pagarle el 20% de lo obtenido en virtud de la gestión encomendada y referida en los poderes conferidos hasta la fecha en que se efectuó el pago de las sumas reconocidas y el cual daría lugar a terminar el contrato en mención.

Conforme a lo expuesto, se tiene que las reflexiones dadas por el sentenciador de primera instancia no se muestran desacertadas pues, en efecto, entre las partes se pactó un porcentaje sobre los dineros que se obtuvieran por la gestión realizada, es decir, que la voluntad de las partes fue seguir la modalidad de remuneración conocida como *cuota Litis*, la cual, depende de lo efectivamente recibido por el beneficiario de la gestión.

En razón a ello, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5459 de 2018, precisó que cuando el mandato es oneroso, conlleva la obligación a cargo del mandante de pagar la prestación acordada, la que puede consistir en un valor previamente definido o ser contingente, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades conocida como *cuota Litis*, la que se perderá en caso de resultar infructuosa su gestión. Igualmente, se pueden combinar las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión

encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante.

Igualmente, ha precisado la alta Corporación que siempre se debe privilegiar la voluntad contractual de las partes, y sólo a falta de ésta, se acudirá a las tarifas de los colegios de abogados con aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho o a otras pruebas que se aporten o practiquen en el proceso, como los dictámenes periciales, confesiones, testimonios, entre otros medios probatorios autorizados, a efectos de tasar los honorarios profesionales (SL 11265/2017).

En relación con lo anterior, para determinarse los honorarios solicitados el *a quo* necesariamente debía ceñirse a lo pactado entre las partes, por lo que al haberse acordado que el porcentaje de los honorarios dependía únicamente del pago de las sumas reconocidas dentro del proceso adelantado ante el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá, lo cual no obtuvo el actor, pues incumbe determinar que no le asiste el pago de los honorarios solicitados.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

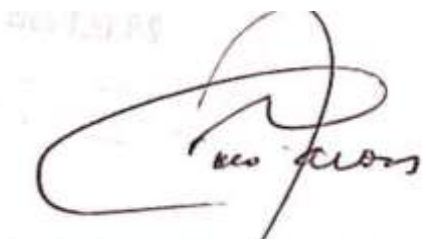
**EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA
REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**

R E S U E L V E:

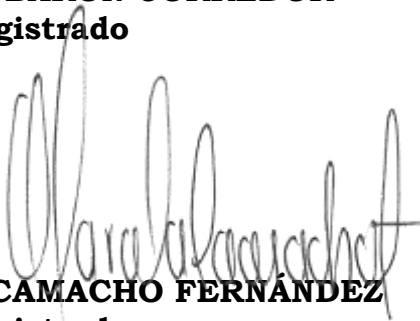
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

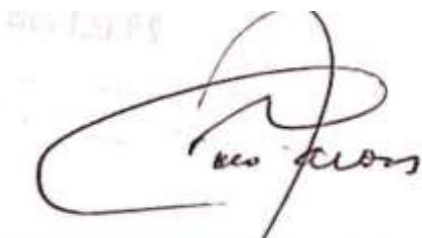


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$100.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MÓNICA CRISTINA PUA
CABRALES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende de **manera principal** la señora **MÓNICA CRISTINA PUA CABRALES**, se **declare** la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por COLFONDOS S.A. el 5 de septiembre de 1994, ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa, con respecto a la decisión de traslado de régimen pensional y en general sobre las pretensiones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR S.A. a entregar o restituir a COLPENSIONE los valores obtenidos en virtud de su vinculación como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubieren causado, se **condene** a COLPENSIONES a recibirla como afiliada con los

valores obtenidos mientras estuvo vinculada al régimen de ahorro individual y a contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas en el RAIS, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales.

De **manera subsidiaria**, solicita se **declare** la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del régimen de prima media al de ahorro individual en cabeza de COLFONDOS S.A. el 5 de septiembre de 1994, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación a ese fondo, se **declare** la nulidad o ineficacia por ilegalidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual por incumplimiento de los presupuestos de permanencia mínima para efectos de proceder a efectuar el traslado de un régimen pensional a otro (fl.67).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 66), señaló que estuvo afiliada y cotizando para pensión en el ISS desde el 1° de agosto de 1988, estando afiliada a dicho régimen el 5 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad del 1° de octubre de 1994, fue trasladada de régimen al de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A., decisión que no se realizó de manera libre y voluntaria, no fue asesorada e informada por ese fondo respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales, tampoco se le informó los riesgos de al régimen de ahorro individual, no fue asesorada sobre las diferencias de uno y otro régimen, no se le dijo cuando debía ser capital que debía acumular en cuenta de ahorro individual para poder llegar adquirir el derecho a una pensión, no se le dijo si tendría derecho o no a un bono pensional como consecuencia del traslado de régimen, tampoco se le dijo si en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios y como influiría esto en su pensión, no le informó sobre las condiciones requeridas en el régimen de ahorro individual para pensionarse anticipadamente, no se le informó sobre la influencia de la tasa de rentabilidad, la volatibilidad en las rentabilidades del mercado financiero, la rentabilidad del capital en relación con la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual y como podría influir en su futura pensión, mediante radicado No. 2018_5071078 solicitó ante COLPENSIONES la nulidad y/o ineficacia del traslado, el día 7 de mayo de 2018, dicha entidad no accedió a lo solicitado, que en el mes de mayo de

2007, se vinculó a PORVENIR S.A. en donde se encuentra actualmente cotizando.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 18, 19, 20 y 21; los cuales tiene que ver con que la demandante estuvo afiliada al ISS, los aportes efectuó en dicho fondo, la solicitud de traslado que realizó ante COLPENSIONES y la respuesta negativa de la entidad, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls 134 a 154).

COLFONDOS S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 20 y 21 que tiene que ver con el cambio de fondo en el RAIS, en cuanto a los demás hechos indicó no ser ciertos los numerales 2 a 16; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica (fls. 160 a 169).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 20 y 21 que tiene que ver con el cambio de fondo en el RAIS, en cuanto a los demás dijo no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls.198 a 205).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de febrero de 2020 (CD – fl.250), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la señora CRISTINA PUA CABRALES al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 5 de septiembre de 1994, **ordenó** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración quien estará en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes de la historia laboral de la actora, **ordenó** a COLFONDOS a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a dicho fondo, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a las accionadas en la suma de \$1.000.000 para cada una.

Fundamentó su decisión, citando las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia relacionadas con la ineficacia del traslado, el deber de información y el buen consejo, coligiendo la sentenciadora que es obligación de las AFP suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen, incluso la de anteponer derechos del trabajador de sus intereses propios de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se* que el traslado se haya dado de forma libre, voluntaria e informada, esa expresión solamente se refiere el consentimiento que debe dar el afiliado, lo cual no prueba que la información se haya suministrado, luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba de brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia, además, que no es necesario que el afiliado que predica el traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, de ahí que los argumentos expuestos por las administradoras no encuentren sustento alguno.

Agregó que, COLFONDOS no aportó la hoja vida del asesor que brindó la información para evaluar si contaba con la experticia necesaria para explicar en debida forma las consecuencias positivas y negativas del traslado, tampoco demostró las capacitaciones que le brindó a sus asesores previo a ser contratados para cumplir este fin, brilló por su ausencia una

política clara de una debida información para el traslado de régimen, indica la Juez que no se desconoce que la demandante se trasladó dentro del RAIS en varios fondos, lo cual no implica que la nulidad del traslado no se pueda declarar, pues no se demostró que los fondos le hubieren explicado las implicaciones del cambio de traslado realizando un cuadro comparativo entre estos dos regímenes, considerando que en efecto se demostró por parte de la actora cuando dice que no se le suministró la información completa al hacer dicho traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A interpuso recurso de apelación argumentando que se encuentra en desacuerdo con la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que tal y como se verifica con las pruebas recaudadas dentro del expediente, ya trasladó a POVENIR todos y cada uno de los dineros que tenía en su poder. Adicionalmente, al determinarse que todos se retrotrae a su estado original, esto significa que las cosas jamás se realizaron lo cual implica que la demandante también deba devolver el valor de los rendimientos que recibió de más y que en COLPENSIONES no hubiese recibido. De otra parte, los gastos de administración no se encuentran decretados como tal y no son parte de las restituciones mutuas que señala el artículo 1746 del Código Civil, en consecuencia, si de restituir gastos de administración se hablará la señora demandante tendría que haber cancelado los mismos al retrotraerse todo a su estado original estando en COLPENSIONES, en ese orden de ideas solicita se revoque la sentencia.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión teniendo en cuenta que tal y como lo manifestó la actora en su interrogatorio de parte su traslado se realizó de forma voluntaria, por lo cual tendría plena validez, igualmente solicita se tenga en cuenta que así como a los demandados se les exige ciertas obligaciones, también le asistía el deber al demandante en indagar respecto a los temas pensionales que le acatan, si bien en cierto en el interrogatorio de parte la demandante ésta manifestó que no recibió ninguna asesoría por cada uno de los fondos, tampoco indagó respecto de los pro y contra de cada uno de los regímenes pensionales, debe recordarse que las reglas de la experiencia y la sana

critica indican que cuando entre los particulares se circunscriben diferentes negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios o que dejen constancia de la información recibida sin que así haya sido, lo que descarta que la demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio de régimen pensional y al aplicar las reglas de la sana critica, que dado el paso del tiempo la demandante no recuerde respecto de lo que se le asesoró y que solamente al momento de definir su derecho pensional aduce la falta de información total.

Añade, que es al momento del reconocimiento de la pensión en ambos regímenes es que se define el monto de la pensión y no al momento de la afiliación, debe tenerse en cuenta que la demandante efectuó traslado entre varios fondos del RAIS teniendo la oportunidad de haberse trasladado de nuevo al ISS y no lo hizo, así mismo, la asesoría e información debe verificarse respecto a la normatividad vigente para el momento del traslado, no siendo dable imponer requisitos adicionales, debe tenerse en cuenta que la demandante elevó la reclamación administrativa de traslado estando en la prohibición legal, pues le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad para la pensión de vejez, tampoco no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema, ya que ambos regímenes tienen diferentes formas de distribución de los aportes, en donde la actora no aportó por más de 20 años a COLPENSIONES lo cual va en detrimento patrimonial en el caso de que la demandante retorne al Régimen de Prima Media, por otra parte, solicita también se revoque la codena en costas teniendo en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política que establece que el Sistema de Seguridad Social es un servicio público por lo que no se pueden destinar los recursos de COLPENSIONES para fines diferentes, además COLPENSIONES actuó bajo las normas vigentes al momento del traslado y no actuó de mala fe.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MONICA CRISTINA PUA CABRALES el 5 de septiembre de 1994 (fl.210), se trasladó

del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., realizando aportes desde el 1° de octubre de 1994, posteriormente, se trasladó a otros fondos del RAIS encontrándose actualmente vinculada a PORVENIR S.A. a través de solicitud realizada el 30 de marzo de 2007, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° agosto de 1988 al 20 de septiembre de 1994, como se puede ver de la historia laboral de COLPENSIONES obrante a folio 41 del expediente.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. obrante a folio 170 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP COLFONDOS S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, se requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a cada una de las AFPS en las cuales estuvo afiliada la actora, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a éstas, situación que tampoco se demostró; sin que el hecho de que se hubiere trasladado de fondo de pensiones en el régimen de ahorro individual de por cierto que dichas entidades cumplieron con su deber de información, precisamente salta a la vista que ninguna de ellas se tomó el tiempo de explicarle de manera detallada a la demandante cómo funcionaba dicho régimen, de manera, que el hecho de que se hubiere firmando un un formulario de afiliación no significa que tales circunstancias fueron de su conocimiento, y contrario a lo señalado por la accionada en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento, incluso se denota que la demandante no retornó al Régimen de Prima media con prestación definida cuando lo pudo hacer, no porque quisiera seguir en el RAIS ante el cambio de fondos, sino precisamente por la falta de información por parte de estas entidades en cuanto a que ella tenía derecho de hacerlo, observándose que precisamente ante la premura de obtener un afiliado más omitieron tal información.

Ahora, en cuanto al deber de información que para el momento del traslado se encontraba regulada por el Decreto 663 de 1993, normatividad que no plasmó que el mismo debía ser por escrito, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado al respecto: *“existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a*

los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por último, aludió a que Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyendo la Corte que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), por tales motivos, no les asiste razón a las recurrentes en cuanto a que no tenían el deber de información detallada.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y

comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende las entidades accionadas.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de

seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio en tanto tiene que recibir a la actora y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

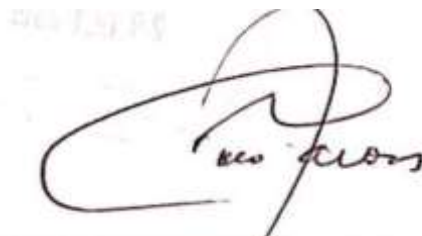
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

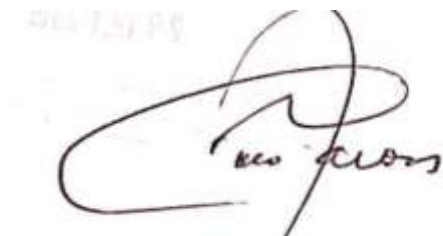


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA YOLANDA BOHORQUEZ MORA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLARA YOLANDA BOHORQUEZ MORA**, se **declare** nula y/o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., se **determine** que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en el RAIS carecen de validez jurídica, se **declare** que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. como consecuencia, se **condene** a la AFP PORVENIR a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad estuvo viciada de nulidad y/o ineficacia, se **condene** a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se **condene** a COLPENSIONE activar la afiliación, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.56 a 59), señaló que nació el 12 de septiembre de 1965, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 29 de agosto de 1984 hasta el 1° de abril de 1986, posteriormente, se vinculó al sector público en el Ministerio de Salud desde el 27 de enero de 1988 hasta el 21 de octubre de 1990, cotizando a CAJANAL, nuevamente efectuó cotización en el ISS del 29 de noviembre de 1990 hasta el 15 de marzo de 1993, momento en que regresó al sector público por haber laborado en la Superintendencia de Notariado y Registro a partir del 30 de junio de 1993 hasta el 23 de mayo de 1995, después se afilió a la AFP PORVENIR entidad que la persuadió para que se afiliara a dicho régimen, manifestándole que era lo mejor que había en el mercado, que el sistema pensional estaba colapsado, que en dicho régimen se podía pensionar en cualquier momento sin importar la edad, que en el RAIS había cotizado 441 semanas, que la AFP PORVERNIR no le informó que perdería el régimen de transición, que la pensión se iba a financiar con lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, tampoco lo informó sobre las ventajas y desventajas al afiliarse a dicho fondo, no le dijo tampoco sobre la posibilidad que tenía de devolverse al RAIS, entre otras cosas, que en el mes de junio de 2018, contrató asesoría para conocer el monto de la pensión en la cual se da cuenta que el hicieron tomar una decisión que la perjudicó, el 17 de agosto de 2018, radicó en PORVENIR S.A. solicitud de nulidad y/o ineficacia del traslado, la cual se resolvió negativamente el 22 de agosto de 2018, el 23 de agosto radicó la misma solicitud ante COLPENSIONES quien también negó su petición de traslado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 4, 8 y 25, parcialmente cierto el 26, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante, aportes efectuados en COLPENSIONES y solicitud de traslado realizado por la actora, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de

la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls. 81 a 107).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 4, 6, 20, 23 y 24, lo cuales tiene que ver con la fecha de solicitud de traslado de régimen, semanas de cotización que acredita la actora y respuesta a la solicitud elevada por la señora CLARA BOHORQUEZ, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación e innominada o genérica (fls. 125 a 136).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2019 (CD – fl.185), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la señora CLARA YOLANDA BOHORQUEZ MORA al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 25 de mayo de 1995, **ordenó** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a POVERNIR S.A. en la suma de \$1.500.000.

Como fundamento su decisión, el *a quo* hace un recuento normativo en relación al traslado de régimen, establecimiento que desde el inicio se ha entendido necesario el deber de información y el buen consejo, por lo tanto, la falta de esos requisitos constituye violación a los derechos del trabajador de afiliarse y seleccionar el régimen en el que quiera pertenecer, pues esa omisión imposibilita al potencial afiliado obre con una real convicción de su selección, cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral sobre la materia, considerando que la misma debe ser aplicada al asunto, teniendo

en cuenta que dichas sentencias no hizo ninguna distinción sobre la calidad del afiliado.

Refirió que la actora se trasladó de régimen del 25 de mayo de 1995, que el solo formulario diligenciado por ella no es suficiente para establecer que su decisión fue libre y voluntaria, pues es su sentir no existe dicha libertad cuando las personas desconocen la incidencia real que puede tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede entenderse satisfecho con una simple expresión genérica, concluyendo que se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sin que ello implique que se vea afectada la sostenibilidad financiera del sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia en su integridad, por consiguiente, se tenga en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además de que no fue la AFP que realizó el traslado pensional y si bien es cierto hoy en día se encuentra afiliada a éste fondo, la entidad no tiene la responsabilidad del deber de información. Adicionalmente, si se pretende que las cosas vuelvan a su estado natural como si no se hubiera llevado a cabo dicho traslado, debe tener en cuenta los gastos de administración, ya que estos se generaron al efectuarse por parte de la AFP la administración del ahorro de la actora los cuales fueron incrementados, gastos de capital que se encuentran reglamentados en la Ley 100 de 1993, lo cual quiera decir que no es una deducción por capricho de la AFP, por lo tanto, si lo que se pretende es que todo vuelva a su estado natural, en tal sentido se solicita que se devuelvan los valores que por concepto de intereses y rendimientos se generó en la cuenta de ahorro individual a efectos de que no se realice ningún enriquecimiento sin causa.

En cuanto a la condena en costas manifiesta que, si bien no es el momento procesal para solicitar ningún tipo de absolución en relación a las mismas, si debe tenerse en cuenta que la administradora no fue quien realizó el cambio de régimen pensional.

COLPENSIONES sustenta su recurso señalando que debe darse aplicación a las preceptos normativos que establecen que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal contemplada en el literal e) artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al encontrarse a 10 años o menos de recibir su derecho pensional, solicita se revise la prueba documental y testimonial frente a la validez de la afiliación de la demandante, toda vez que esta se realizó de manera libre y voluntaria, por lo que COLPENSIONES no debe soportar una actuación de terceros cuando es imposible oponerse probatoriamente a los mismos, en ese sentido la nulidad de traslado está generando para el régimen de prima media una responsabilidad que no debe soportar y además descapitalizar el sistema mismo, ocasionando un desmedro del sistema mismo lo cual redundaría en los afiliados y en los potenciales afiliados; y también en los pensionados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLPATRIA S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado

de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CLARA YOLANDA BOHORQUEZ MORA el 25 de mayo de 1995 (fl.139), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLPATRIA S.A. y posteriormente, se trasladó a PORVENIR S.A. entidad donde actualmente se encuentra afiliada, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 29 de enero de 1990 al 15 de marzo de 1993 y del 1° de mayo de 1996 al 31 de mayo de 1996, como se puede ver de la historia laboral de COLPENSIONES que obra dentro del expediente administrativo (fl.112), efectuó también aportes en cajas de previsión social durante los periodos comprendidos entre 29 de agosto de 1984 al 1° de abril de 1986, del 27 de enero de 1988 al 7 de agosto de 1990, del 1° de octubre de 1990 al 21 de octubre de 1990, del 29 de noviembre de 1990 al 15 de marzo de 1993 y del 30 de junio de 1993 al 8 de mayo de 1995, como da cuenta la documental que milita a folio 140 v/to.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA S.A. obrante a folio 139 v/to se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP COLPATRIA S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las

pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, se requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía tanto a la AFP que en su momento trasladó a la demandante que lo fue COLPATRIA como ha PORVENIR S.A. donde después se trasladó, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a éstas, precisamente salta a la vista que ninguna de ellas se tomó el tiempo de explicarle de manera detallada a la demandante cómo funcionaba dicho régimen, pues el hecho de que se hubiere firmando un formulario de afiliación no significa que tales circunstancias fueron de su conocimiento, valga la pena resaltar que dicha carga probatoria en efecto se encontraba en cabeza de POVERNIR S.A., ya que si bien no fue la entidad en inicialmente trasladó la demandante de régimen, hoy en día es quien representa a COLPATRIA ante la fusión de estas dos entidades, en tal sentido tenía el deber de recaudar el material probatorio con el cual demostrará que efectivamente COLPATRIA efectuó ese deber de información que se requería en su momento, aspecto del cual se carece.

Ahora, en cuanto al deber de información que para el momento del traslado se encontraba regulada por el Decreto 663 de 1993, normatividad que no plasmó que el mismo debía ser por escrito, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado al respecto: *“existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Por último, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”* recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *“poder tomar decisiones informadas”*.

Concluyendo la Corte que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un

servicio público (SL 1467 de 2021), por tales motivos, no les asiste razón a las recurrentes en cuanto a que no tenían el deber de información detallada.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende las entidades accionadas.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP

establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar POVENIR S.A. vencido en juicio en tanto tiene que trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

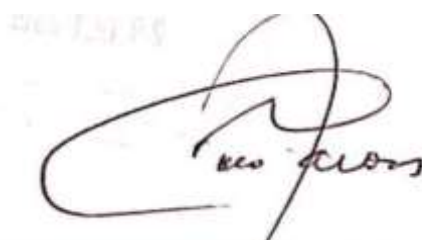
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado

a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

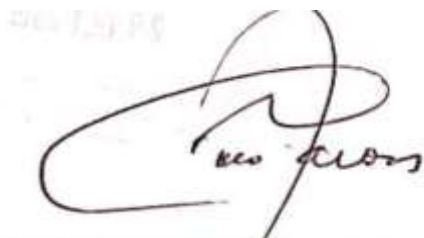


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BELTRÁN
contra JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BELTRÁN** solicita se **declare** la existencia de una relación laboral con el señor JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO a través de un contrato verbal a término indefinido entre el 15 de febrero de 2007 al 15 de octubre de 2014, se **condene** al demandado a reconocerle y pagarle la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** al demandado a reconocerle y pagarle los aportes a pensión que fueron dejados de pagar durante la relación laboral, sobre el salario devengado en el momento que correspondió a \$2.000.000, se **condene** al demandado a pagar las cesantías correspondientes de los años 2007, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y enero de enero a octubre de 2014, se **condene** al demandada a pagarle los intereses a las cesantías por el mismo periodo, se condene al demandado a pagarle vacaciones y prima de servicios de los años 2007, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y enero a octubre de 2014, se **condene** al demandado a la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignarse las cesantías, se **condene** al demandado a la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 20).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 8 a 9 y 20 a 29 del plenario en los cuales se señalaron; que el día 15 de febrero de 2007, inició un contrato a de trabajo a término indefinido con JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO para que trabajara como conductor de una tractomula de su propiedad, pactándose como salario la suma de \$2.000.000, los cuales debían ser pagados en efectivo los días 15 de cada mes, que el señor JORGE ARMANDO PAEZ era quien le daba la ruta para que transportara la materia prima a diferentes ciudades, la cual tenía que manejar hasta el lugar de entrega, así mismo el demandado le daba los viáticos correspondientes a la ruta seleccionada, que el contrato suscrito entre las partes inició el 15 de febrero de 2007, que laboraba por turnos lunes a domingo con dos días de descanso por cada ruta establecida, que en diferentes oportunidades le preguntaba al demandado por qué no le pagaba la seguridad social, ya que necesitaba asistencia médica y le tocaba pagar la consulta particular, de lo cual el empleador le decía que ya estaba en trámite el proceso de asegurado a salud, afirmación que nunca se llevó a cabo por parte del empleador, por lo que le comunicó verbalmente que no era posible seguirle trabajando si no le cancelaba la seguridad social completa, situación que lo llevó a renunciar verbalmente el 15 de octubre de 2014, que durante la relación laboral siempre le fue descontado de su salario las sumas de dinero correspondiente para el pago de aportes a salud y pensión, que el demandado omitió íntegramente realizar el pago correspondiente a los aportes en pensión de los meses mayo, junio, julio de 2008, noviembre y diciembre de 2009, todo el año 2010, 2011 y 2012, enero y febrero del año 2013 y septiembre y octubre de 2014, que el demandado no cancelaba los aportes a pensión sobre el salario real devengado y por el contrario, se hizo sobre el salario mínimo, que en diferentes oportunidades se ha insistido en el pago correspondiente ala liquidación laboral y demás pagos adeudados por parte del demandado, el cual expresa verbalmente que no va a pagar y que todos sus bienes los puso a nombre de terceros.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos acepto los numerales 2, 5 a 8, 16 y 24, los cuales tienen relación con el cargo desempeñado por el actor, la forma de pago del salario, que las rutas eran señaladas por el empleador y que los viáticos eran suministrado por éste, acepta los descuentos que realizaban al demandante para seguridad social y acepta que no se efectuó el pago de los meses de septiembre y octubre de 2014, argumentando que para dicha fecha ya había

finalizado la relación laboral, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos y propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, **absolvió** al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas (CD fl. 64).

Como **argumento de su decisión**, hizo relación a las pruebas documentales aportadas por ambas partes, así mismo manifestó que fue decretado el interrogatorio de parte del demandado, sin embargo, éste no compareció a la audiencia por lo que dio aplicación a los efectos legales que establece el artículo 205 del CGP, consistente en presumir por ciertos los hechos susceptibles de confesión, a menos de que existieran pruebas que desmintieran esa presunción.

En cuanto a la relación laboral, refirió que la parte demandada manifestaba que no había existido un solo contrato, sino que existieron varios y que todos estos fueron verbales, también existió controversia respecto de los extremos de la relación laboral y salario, encontrando el sentenciador que fue aportado prueba documental por la parte accionada en donde se demuestra que el actor no percibió como salario la suma de \$2.000.000 como se indica en la demanda, resalta que en el hecho 15 de la contestación de la demanda señalaba la pasiva que el valor variaba de acuerdo a los viajes realizado, sin embargo, no se cuenta con elementos de juicio con los cuales se demuestre las variaciones percibidas por el actor.

En cuanto al extremo inicial, refirió el fallador que la parte activa manifiesta que fue a partir del 15 de febrero de 2007, hecho que se tendría como confesión presunta, pero una vez revisado el expediente se encontraba historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. en el cual se extrae que el demandado comenzó a efectuar cotizaciones a partir del mes de mayo de 2007, sin que se indique el día específico de cotización, no obstante, dicha situación conllevaba a establecer que le asistía razón a la demandada en cuanto a que la relación laboral inició el 2 de mayo de 2007, sin que existiera certeza por la parte actora de una fecha distinta, en cuanto a la fecha final se decía que fue el 15 de octubre de 2014, pero verificada la liquidación final de prestaciones se podía evidenciar que la fecha de terminación de la relación laboral fue

el 30 de agosto de 2014, por lo que al no poderse establecer ninguno de los extremos laborales se hacía imposible resolver las demás peticiones solicitadas.

Empero, resalta que si en caso de discusión se tuviera las indicadas por la parte demandante ante la inasistencia de la parte demandada al interrogatorio de parte, no se lograba establecer la continuidad de la relación laboral, teniendo en cuenta que la parte demandada manifestaba que no existió un solo contrato, además la parte demandada aportaba la liquidación del último contrato más la copia del cheque que le fue endosado al actor, demostrándose así que el contrato fue como lo predica la parte accionada, sumado a que si se accediera a lo solicitado por la parte actora, prosperaría la excepción de prescripción propuesta, por cuanto la relación feneció el 30 de agosto de 2014, el demandante reclamó al demandado el 27 de septiembre de 2017, la demanda se radicó el 13 de octubre de 2017, esto es, más de los 3 años de que trata el artículo 151 del CPT y 488 del CST.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar si entre las partes existió una relación de carácter laboral a término indefinido desde el 15 de febrero de 2007 al 15 de octubre de 2014, como lo predica la parte actora o en extremos distintos, por consiguiente, si durante la vigencia de la relación laboral el demandado adeuda aportes a seguridad social y acreencias laborales, si debe condenarse a la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, igualmente se analizará si operó o no la excepción de prescripción.

Existencia del contrato laboral

No existe discusión en el presente asunto frente a la relación laboral que ató a las partes, pues así lo aceptó la demandada en su contestación, sin embargo, como bien

lo manifestó el Juez de primera instancia la controversia radica en los extremos de la relación laboral, modalidad contractual y salario, lo cual se pasa a analizar.

Extremos de la relación laboral y modalidad contractual

Aduce la parte actora que el contrato laboral de carácter verbal a término indefinido inició el 15 de febrero de 2007 y finalizó el 15 de octubre de 2014, frente a lo cual la parte accionada refiere que los extremos de la relación laboral lo fueron del 2 de mayo de 2007 al 30 de agosto de 2014 a través de un contrato a término fijo. Ahora bien, en tanto fue discutida la modalidad del contrato de trabajo que unió a las partes, el Juez consideró que si bien ante la ausencia del demandado a interrogatorio de parte se dio aplicación a las consecuencias establecidas en el artículo 205 del CGP lo cual conllevaba a presumirse ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, por lo que en principio se entendería por cierto la modalidad y extremos indicados por el actor, no obstante, advirtió que existe probanzas dentro del plenario con las cuales se acredita una realidad distinta, haciendo referencia a la historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A. en cual aparecen cotizaciones efectuadas por el demandado durante los extremos señalados en la contestación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta a la afiliación a la seguridad social ha establecido que la misma no conlleva, necesariamente, la existencia de una relación laboral, a menos que haya pruebas contundentes que así lo acrediten, sobre el particular en sentencia SL1523-2020 que reiteró lo dicho en la sentencia con radicado No. 37067 del 15 marzo de 2011, señaló:

“En cuanto a los documentos de folios 2 a 6 del cuaderno 1, que contienen los periodos de afiliación al régimen de pensiones, específicamente al Instituto de Seguros Sociales del actor, debe reiterar la Corte Suprema de Justicia que dicha inscripción no implica per sé la celebración de un contrato de trabajo, por lo que no constituye plena prueba para acreditar que el promotor del litigio estuvo vinculado como trabajador y mucho menos que prestó efectivamente los servicios hasta una determinada fecha.

Así lo asentó esta Corporación, entre otras, en la sentencia de 10 de marzo de 2005, radicación 24. 313:

“(.....) Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este,

se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)”.

De manera que, al no tenerse la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones como plena prueba de la existencia del contrato laboral, mucho menos resulta ser suficientes para acreditar los extremos de la relación laboral, pues para ello debió la demandada aportar constancia de sus afirmaciones como los contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, liquidaciones de cada uno de los contratos o nóminas de pago, aspectos de los cuales carece el expediente, pues téngase en cuenta que durante la vigencia de un contrato laboral, pueden omitirse el pago de aportes de tiempos realmente laborados, situación que precisamente es la que reclama el demandante, por lo tanto, el *a quo* se equivocó en tener como soporte del extremo inicial y modalidad contractual el reporte de semanas cotizadas, debiendo entonces soportar su decisión en la presunción establecida en el artículo 205 del CGP, ante la inasistencia del demandado al interrogatorio de parte y por consiguiente, tenerse por cierto el extremo inicial de la relación laboral el **15 de febrero de 2007**, como lo señala la demanda, así como la modalidad contractual a término indefinido, sin que sea desvirtuada dicha modalidad por el hecho de existir aportes a pensión por parte de otros empleadores durante el interregno de la relación laboral, toda vez que pueden existir coexistencia de contratos como lo establece el artículo 26 del CST, a menos de que exista exclusividad de servicios a favor de uno solo, lo cual no se encuentra acreditado en este asunto.

Ahora, en lo que respecta a la finalización del contrato, sí resulta admisible lo afirmado por el *a quo* en cuanto a que existe prueba en contrario a la presunción del artículo 205 del CGP, como lo es la liquidación final de prestación que se encuentra a folio 55 del expediente en el cual se establece que la relación laboral finalizó el **30 de agosto de 2014**, pues en el mismo obra constancia del pago mediante cheque de fecha 10 de septiembre de 2014, así como de ser entregado al trabajador con su correspondiente firma, documentos que no fueron tachados por éste, por lo tanto, se presumen veraces, además de que tampoco se observa de los mismos alguna anotación de inconformidad frente al extremo final, como tampoco existe probanza de la prestación del servicio con posterioridad al 30 de agosto de 2014, con ello la parte accionada logró desvirtuar la presunción endilgada. En tal sentido, se concluye que la relación laboral existente entre las partes estuvo regido por un contrato laboral a término indefinido a partir del **15 de febrero de 2007 hasta el 30 de agosto de 2014, en el cual el actor se desempeñó como conductor.**

Salario

En lo concerniente al salario refiere el actor que el mismo ascendió a la suma de \$2.000.000 mensuales, contestando la demandada en el hecho No. 15 que el salario devengado correspondió al salario mínimo legal mensual vigente para la época más auxilio de transporte y que el promedio variaba según los viajes realizados, como constancia de su dicho se encuentra la liquidación final de prestaciones en el cual se indica como salario base para el año 2014, la suma de \$616.000 más transporte, también se estipula comisiones por viajes en la suma de \$635.563, por lo que al no existir constancia de que la comisión por viajes no es factor salarial, se tiene como salario devengado por el actor para el año 2014, la suma de **\$1.323.563** incluido el auxilio de transporte.

Para lo años anteriores al no existir constancia de los mismos, nuevamente se tendrá por cierto el salario establecido por el actor en el escrito inicial, esto es, la suma de \$2.000.000, pues era deber la contraparte acreditar que en efecto el actor recibió un valor menor, por el contrario acepta que el salario del señor JOSÉ ANTONIO FIGUEROA variaba según los viajes realizados, siendo también su deber demostrar cuánto fue la variación del mismo, de suerte que al haber aceptado que devengaba una suma superior al salario mínimo y no contarse con otra prueba que demuestre ese valor, se presume cierto el valor señalado por el actor de conformidad con el artículo 26 del CST.

Acreencias laborales

Establecidos los extremos de la relación laboral, modalidad contractual y salario, es claro que la llamada a juicio adeuda al actor acreencias laborales durante la vigencia de la relación laboral, no obstante, previo a determinar las condenas es necesario analizar previamente la **excepción de prescripción** propuesta, conforme a los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S. se establece que el actor contaba con 3 años para reclamar o para interponer la demanda a partir de la finalización del contrato, que ocurrió el **30 de agosto de 2014**, el demandante presentó reclamación ante el demandado el **27 de septiembre de 2017**, como consta a folio 6 del expediente y la demanda fue radicada el **13 de octubre de 2017** (fl.15), lo cual permite establecer que sobrepaso el término estipulado en la ley, prosperando así la excepción de prescripción propuesta, igual suerte ocurre respecto de las indemnizaciones solicitadas.

Aportes a seguridad social en pensiones

Finalmente, y dado que las cotizaciones al sistema general de seguridad social integral durante la vigencia del contrato, son connaturales a la relación de trabajo subordinada, resulta procedente su pago completo, es decir, conforme al salario efectivamente devengado, año por año, durante todo el periodo laborado, dada la inescindibilidad de este pago con el derecho fundamental a la seguridad social, por lo que, no es susceptible de la prescripción, el cual sí operó para las demás obligaciones laborales, por ende, se condenará al demandado a realizar los aportes a pensión del actor de acuerdo al pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2007 al 1° de mayo de 2007, del 1° de abril al 30 de julio de 2008, del 1° de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008, todo el año de 2009, 2010, 2011 y 2012 y de enero a mayo de 2013, teniéndose como IBC la suma de \$2.000.000, así mismo, se ordenará al demandante a reliquidar los IBC reportados a PROTECCIÓN S.A. de los periodos pensionales cotizados teniendo como salario la suma de \$2.000.000, excepto para el año 2014, el cual se tendrá como salario la suma de \$1.251.563, como quedó acreditado en la liquidación final de prestaciones, suma sobre la cual se descontó únicamente el valor del auxilio de transporte por cuanto al no constituir salario debe ser excluido de aportes a seguridad social en pensiones.

Por motivo de lo expuesto se **revocará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta, las de primera estarán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral a

término indefinido entre el señor JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BELTRÁN y el señor JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO que tuvo vigencia entre el 15 de febrero de 2007 al 30 de agosto de 2014, en el cual el actor se desempeñó como conductor devengando la suma de \$2.000.000 mensuales hasta el año 2013 y para el año 2014 devengó la suma de \$1.323.563, incluido el auxilio de transporte, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

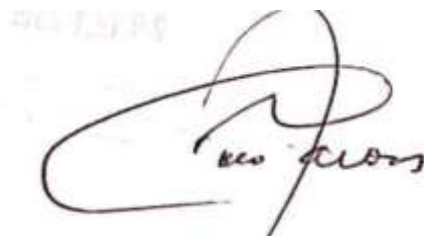
SEGUNDO: CONDENAR al señor JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO a efectuar a favor del demandante los aportes a pensión de acuerdo al pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2007 al 1° de mayo de 2007, del 1° de abril al 30 de julio de 2008, del 1° de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008, todo el año de 2009, 2010, 2011 y 2012 y de enero a mayo de 2013, teniéndose como IBC la suma de \$2.000.000.

TERCERO: CONDENAR al señor JORGE ARMANDO PAEZ SOLANO a efectuar a favor del demandante la reliquidación de los IBC reportados a PROTECCIÓN S.A. de los periodos pensionales efectivamente cotizados teniendo como salario base la suma de \$2.000.000, excepto para el año 2014, el cual se tendrá como salario la suma de \$1.251.563, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de acreencias laborales e indemnizaciones reclamadas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta, las de primera estarán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROMELIA PÉREZ DELGADO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y MARÍA EDUVIGES SAENZ como tercera ad
excludendum**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretenden la señora **ROMELIA PÉREZ DELGADO** se **declare y se deje sin efecto** las resoluciones RDP002779 del 23 de enero de 2013, RDP030050 del 3 de julio de 2013 y la resolución RDP033931 del 26 de julio de 2013, se **declare** que es la legítima beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en razón en razón a la calidad de pensionado que ostentaba su fallecido esposo HÉCTOR CAICEDO, se **declare** que la pensión de jubilación por cónyuge sobreviviente a que tiene derecho debe ser conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Como consecuencias de las anteriores declaraciones, se **condene** a la UGPP al reconocimiento y pago en forma vitalicia del 100% de la pensión de jubilación como cónyuge sobreviviente del señor HÉCTOR CAICEDO a partir del 6 de septiembre de 2012, momento en que falleció, se

condene al retroactivo de las mesadas, se **condene** al pago de mesadas adicionales de junio y diciembre, se **condene** al pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** a que las sumas sean indexadas y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fls. 307 a 308 cuaderno principal)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 299 a 301 cuaderno principal), señaló en síntesis que el señor HÉCTOR CAICEDO falleció el 6 de septiembre de 2012, momento para el cual ostentaba la calidad de pensionado de la UGPP, que una vez fallecido su cónyuge procede a solicitar el reconocimiento pensional, al ser notificada de la resolución en la que se decide su petición se da cuenta de la situación sentimental de su fallecido esposo con la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ, por lo que teniendo en cuenta el estado de salud de ambas deciden realizar una declaración juramentada ante notaria en donde declaran convivencia simultánea, el 8 de febrero de 2013, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación sobre la resolución RDP00277 del 23 de enero de 2013, en la cual se solicitó se reconociera a cada una, el 20 de junio de 2013, se solicitó nuevamente el reconocimiento pensional que nuevamente fue negado mediante resolución RDP030050 del 3 de julio de 2013, por lo que el 22 de julio de 2013, interpone recurso de reposición y subsidio apelación, los cuales se resolvieron mediante resolución RDP033931 del 26 de julio de 2013, en la cual confirma la resolución recurrida manifestando que en caso de convivencia simultánea la mesada debe ser dividida en forma proporcional, razón por lo cual debía acudir ante la jurisdicción ordinaria, que en la actualidad presenta varios quebrantos de salud.

La señora **MARÍA EDUVIGES SAENZ** fue vinculada como tercera ad excludendum a través de auto de fecha 28 de marzo de 2017 (fl.313) quien formuló pretensiones, pero las mismas fuera rechazadas por el *a quo* al haber sido presentadas de manera extemporánea (fl.400).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP contestó la demanda **(fls. 350 a 353 y 377 a 378)**, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos

los numerales 19 y 20, los cuales hacen relación al contenido de la resolución RDP002779 del 23 de enero de 2013, dijo no ser ciertos los numerales 2, 14, 16, 17, 18, 27, 28 y 30; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo no existe responsabilidad de la entidad de pensiones cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 1204 de 2008, cuando existe conflicto de beneficiarios de pensión, buena fe de la entidad demandada, inexistencia de la obligación en el caso de que la demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de noviembre de 2019, **declaró** que la señora ROMELIA PÉREZ DELGADO es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite, **declaró** la señora MARÍA SAENZ como beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, **condenó** al pago de la mesada pensional en un porcentaje del 50% de la mesada pensional que percibía el causante para cada una de ellas, suma que debe ser indexada para el momento en que se efectuó el pago, **declaró** no probados los medios exceptivos propuestos, **absolvió** a la UGPP de las demás pretensiones y se **abstuvo** de condenar en costas **(CD fl.478)**.

Fundamentó su decisión, señalando que la entidad demandada mediante la resolución RDPP 030050 del 3 de julio de 2013, había resultado dejar en suspenso el reconocimiento pensional el cual fue solicitado de común acuerdo entre las señoras ROMELIA PÉREZ DELGADO y MARÍA EDUVIGES SAENZ hasta que la justicia ordinaria laboral dirimiera el conflicto.

En tal sentido, procedió a verificar la pruebas arrimadas a fin de verificar si se daban los requisitos para el reconocimiento pensional solicitado, encontrando que la parte demandante aportó registro civil de matrimonio con el causante calendado 23 diciembre de 1961, declaraciones extra proceso en donde aseguran que desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de fallecimiento convivieron de manera ininterrumpida como pareja, lo cual se corroboraba con el interrogatorio de parte rendido ante el juez

Segundo Laboral de Palmira en el que se aseguró haber convivido con el causante por más de 40 años. Por su parte, la señora MARÍA EDUVIGES SÁENZ aportó el registro civil de nacimiento de YAMILE CAICEDO del 17 septiembre de 1978, en el que se evidencia que el padre es el causante, igualmente se escucharon los testimonios de MARINA LONDOÑO y ORLANDO MORA quienes aseguraron conocer al señor HÉCTOR CAICEDO desde hace más de 26 años porque fueron vecinos en Palmira, que lo conocieron en compañía de la señora SÁENZ y aseguraron que desde ese tiempo hasta su muerte permanecieron juntos, también aceptaron conocer a la señora ROMELIA, pero que no sabían que ella era la esposa, sino hasta el final de la vida del causante, igualmente sabían que tenía otros hijos con la anterior esposa pero nunca tuvieron contacto.

Concluyendo la sentenciadora, que analizadas las pruebas allegadas al expediente evidenciaba que las demandantes habían convivido un lapso de tiempo similar con el causante, por tanto, la señora ROMELIA afirmaba que convivió con él durante al menos 40 años y teniendo en cuenta que el matrimonio se celebró en 1967 y el fallecimiento en el 2012, esto quiere decir que fueron 45 años de convivencia, sin embargo, en la declaración de la demandante aceptó que los últimos años supo que el causante estuvo conviviendo con la señora SÁENZ por lo que se tiene que hubo una interrupción de la convivencia al final de la vida del causante. Por su parte, la señora SÁENZ afirmó convivir con el causante cerca de 35 años durante los cuales se procreó su hija YAMILE CAICEDO y revisado el registro civil de nacimiento se dio en 1978, además con la prueba testimonial se deducía que efectivamente hubo una convivencia de 35 años aproximadamente. De manera que, al no existir duda, de que a pesar de que el causante tuvo otro vínculo con la señora SÁENZ, se mantuvo en la voluntad del vínculo con la señora PÉREZ, entendiéndose que las 2 como beneficiarias de la pensión de sobrevivientes en proporciones iguales desde la fecha de fallecimiento del causante.

En cuanto a los intereses moratorios, refirió que los mismos no son procedentes cuando el actuar de las administradoras tenga justificación en la norma, encontrando que en el presente asunto existió controversia entre

las demandantes, motivo por el cual se decidió dejar en suspenso la prestación, correspondiéndole a la jurisdicción laboral determinar el asunto.

En relación a las costas, indicó que en consideración a lo señalado en numeral 5° del artículo 365 del CGP, se abstenía de emitir condena en costas en contra de la UGPP como quiera que la negativa del reconocimiento pensional se fundó en una controversia que debía ser dirimida necesariamente por la jurisdicción ordinaria laboral, pues se iteraba que la entidad demanda había perdido la controversia para resolver el reconocimiento de la prestación al haberse presentado más de una persona a reclamar el derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante **ROMELIA PÉREZ DELGADO** interpuso recurso de apelación en cuanto a la absolución de las costas, teniendo en cuenta que fueron demasiados los gastos judiciales en los que hubo que incurrir, el trámite y la vuelta que dio el proceso desde la fecha del fallecimiento del señor HÉCTOR CAICEDO, es decir, desde la primera reclamación en la que se negó el reconocimiento a la señora ROMELIA PÉREZ y las resoluciones con las cuales se confirma la negativa, pese a que las reclamantes argumentaron con historias clínicas y sustentaron la condición tanto física y de salud en que se encontraban fue negado el derecho. Agrega, que debe tenerse en cuenta que para la fecha de reclamación del derecho la señora ROMELIA ya contaba con 69 años y hoy cuenta con 75 años, además tubo una traqueotomía de la cual fue practicada no hace más de 3 meses, de hecho, fue por su condición de salud que se pidieron los despachos comisorios.

La TERCERA EXCLUENDUM MARÍA EDUVIGES SAENZ interpuso también recurso de apelación solicitando la condena en costas a la demandada en consideración a la duración del proceso, los gastos en lo que se han incurrido, que el proceso pudo haberse adelantado en la ciudad de Palmira que es la ciudad en donde se residen las demandantes, siendo que la falta de competencia se dio por la solicitud que hizo en su momento el apoderado de la entidad demandada, se tenga en cuenta que el numeral 1°

del artículo 365 del CGP establece que la parte vencida en el proceso deberá ser condenada en costas según las reglas de sana crítica y así mismo, también de conformidad con lo establecido por el acuerdo que regía para la época por el Consejo Superior de la Judicatura, teniéndose de presente que la señora SÁENZ no tiene recursos propios en el momento, ya que dependía del señor HÉCTOR CAICEDO, debiendo incurrir en gastos para poder llevar el proceso y celebrar la audiencia del despacho comisorio en Palmira, donde tuvo que llevarse los testigos ante el juzgado.

Que, si bien la demandada no era competente para resolver la situación de reconocimiento de la pensión a la señora SÁENZ, ellos también tenían la carga dinámica de la prueba de conformidad con el art 167 CGP, por lo tanto, estaban en condiciones de ejercer la actividad que les establece la norma para hacer las investigaciones administrativas a las que hubiere lugar y haber determinado la capacidad o calidad de compañera de la señora SÁENZ frente al señor Héctor Caicedo.

La demandada UGPP interpone recurso de apelación en relación al porcentaje en que les fue reconocida la mesada pensional a las demandantes correspondiente en un 50% a cada una, para lo cual debe tenerse en cuenta que la prueba testimonial establece que una convivió con el causante 35 años mientras que la otra convivió 40 años, y por disposición legal la asignación de la prestación social debe ser proporcional al tiempo de convivencia, en ese orden, solicita se asigne de manera proporcional la prestación pensional según el tiempo de convivencia acreditado en las pruebas realizados ante el juez segundo laboral del circuito de Palmira.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente las señoras ROMELIA PÉREZ DELGADO y MARÍA EDUVIGES SAENZ acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor HÉCTOR CAICEDO, la primera en calidad de cónyuge y la segunda, en calidad de compañera permanente. En caso positivo, se analizará si operó o

no el fenómeno prescriptivo y si procede el reconocimiento de costas procesales en primera instancia.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que al señor HÉCTOR CAICEDO le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la entidad demandada mediante resolución No.18629 del 18 de octubre de 1997, efectiva a partir del 7 de septiembre de 1996, en cuantía inicial de \$649.321,94 (fl.11 a 15), **2.)** que ante la UGPP comparecieron 26 de septiembre de 2012, las señoras ROMELIA PÉREZ DELGADO y MARÍA EDUVIGES SAENZ solicitando el reconocimiento pensional, solicitud que fue resuelta negativamente mediante resolución RDP002779 del 23 de enero de 2013, aduciéndose que correspondía a la justicia ordinaria dirimir el conflicto (fls.11 a 15), **3.)** Que la señora ROMELIA PÉREZ DELGADO y el señor HÉCTOR CAICEDO contrajeron matrimonio el 23 de diciembre de 1967 (fl.10), **4.)** Que de dicha unión nacieron FERNANDO y CONSTANZA CAICEDO PÉREZ ya mayores de edad, **5.)** Que el señor HÉCTOR CAICEDO mantuvo una relación con la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ y de dicha unión nació YAMILETH CAICEDO SAENZ también mayor de edad (fl.162).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor falleció el 6 de septiembre de 2012 (fl.9). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”;

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista **(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)**.

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos 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 (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018).

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento cuando se trata del pensionado fallecido**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

En relación a la **cónyuge**, dicha Corporación ha defendido que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, **siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto** (SL 1399/2018-SL 4047/2019), al considerar que la separación de cuerpos solo extingue el deber de cohabitación, más no es un obstáculo para que él o la cónyuge que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación, por cuanto, no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial. Entendiéndose que con tal aspecto se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social **(SL 5169 del 27 de noviembre de 2019).**

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala a revisar las pruebas aportadas al proceso, para establecer si se dieron cada uno de los requisitos anteriormente mencionados, para comenzar **la demandante ROMELIA PÉREZ DELGADO aportó como pruebas** documentales que certifican su convivencia con el causante a parte de los inicialmente señalados, declaración extra juicio rendida por ella ante la Notaria Primera de Palmita- Valle en cual manifiesta que desde el día en que contrajo matrimonio con el causante hasta la fecha de su fallecimiento 6 de septiembre de 2012, permanecieron unidos como pareja, que conoce a la

señora MARÍA EDUVIGES SAENZ con quien su esposo tuvo relaciones extramatrimoniales procreando a YAMILE CAICEDO SAENZ, relación que perduró hasta el fallecimiento del señor HÉCTOR CAICEDO (fl.28), declaración extra juicio rendida por la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ quien corrobora lo dicho por la demandante (fl.29), declaración de beneficiario de seguro de vida del Ministerio de Obras Públicas donde aparece como asegurado el señor HÉCTOR CAICEDO y como beneficiaria la señora ROMELIA PÉREZ DELGADO de fecha 9 de abril de 1974 (fl.51), declaración extra juicio rendida por CARLOS ENRIQUE BUITRAGO PÉREZ quien manifestó conocer al causante y la señora ROMELIA PÉREZ DELGADO, asegurando que la pareja eran casados y convivían desde hacía 43 años (fl.52), también existe declaración extra juicio de la señora LUZ AMPARO MIRAÑA BECERRA quien corrobora el tiempo de convivencia indicado por el señor BUITRAGO (fl.53).

Como prueba testimonial a su favor se llamó a declarar a CARLOS ALBERTO LAVERDE GÓNZALEZ, FABIO ANTONIO CEBALLOS GUERRERO y LUIS ANTONIO ACEVEDO ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle por medio de despacho comisorio, quienes coincidieron en el tiempo de convivencia mencionado en las declaraciones extra juicio, aspecto que igualmente es mencionado por la actora en interrogatorio de parte, quien además reiteró la convivencia simultanea que mantenía el causante con la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ, la cual perduró alrededor de 30 años y que con ella tuvo una hija, asegura que estuvo con el causante hasta el momento de su fallecimiento.

De otro lado, la **señora MARÍA EDUVIGES SAENZ allegó como pruebas** registro civil de nacimiento de su hija YAMILE CAICEDO SAENZ de donde se acredita como padre el causante (fl.162), declararon a su favor MARÍA LONDOÑO y ORLANDO MORA, la primera manifestó que conocía al causante desde hacía 26 años porque eran vecinos, que sabía que era la pareja de la señora MARÍA EDUVIGES, que los visitaba con frecuencia, por lo que pudo presenciar la continuidad de su convivencia, la segunda testigo, refirió que conocía a la pareja desde hacía 26 años, ya que también eran vecinos, motivo por el cual le consta que el causante convivió con la señora

MARÍA durante todos estos años, incluso durante sus últimos 5 años de su vida.

De lo expuesto, queda plenamente demostrado que la demandante ROMELIA PÉREZ DELGADO en calidad de cónyuge logró acreditar los 5 años de convivencia requeridos en cualquier tiempo, incluso se constató que dicha convivencia en efecto perduró hasta el fallecimiento del señor HÉCTOR CAICEDO como lo corroboraron los testigos y como lo manifestó la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ en la declaración extra proceso y en su interrogatorio de parte, pues en esta asegura que conocía de la convivencia simultanea que existía entre el causante con la actora, de manera que, teniendo en cuenta la fecha en que contrajo matrimonio con el causante 23 de diciembre de 1967 y la fecha de fallecimiento 6 de septiembre de 2012, se acredita **un total de convivencia de 45 años**.

En relación a la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ se encuentra también reunidos más de los 5 años requeridos anteriores al fallecimiento del pensionado, tal y como lo indicaron los testigos, así como lo afirmó la señora ROMELIA PÉREZ en su declaración, por lo que al tomarse como iniciación de la convivencia un año antes a la fecha en que nació la hija que tuvo con el señor HÉCTOR CAICEDO, esto es, 17 de septiembre de 1977 al 6 de septiembre de 2012 fecha de fallecimiento del causante, acredita **un total de 35 años de convivencia**, asistiéndole razón a la UGPP en cuanto a que teniendo en cuenta el tiempo de convivencia acreditados la proporción de la mesada debe ser diferente, pues no se acredita tiempos iguales, tal y como lo contempla el inciso 3° del literal b del artículo 13 de la ley 797 de 2003, con los condicionamientos que le hiciera la Corte constitucional en la sentencia C-1035 de 2008, en el que se afirma:

“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”.

Así las cosas, en proporción a los términos de convivencia aquí establecidos se distribuirá la mesada pensional que percibía el *cujus*, así: **56,10% a favor de la señora ROMELIA PÉREZ y 43,89% a favor de la señora MARÍA**

EDUVIGES SAENZ a partir del deceso del señor HÉCTOR CAICEDO, por haber acreditado la calidad de cónyuge y compañera permanente.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción le asiste razón a la Juez en que la misma no operó, pues el fallecimiento del señor HÉCTOR CAICEDO acaeció el 6 de septiembre de 2012, las demandantes solicitaron el derecho pensional el 26 de septiembre de 2012, la cual se resolvió mediante resolución RDP002779 del 23 de enero de 2013 y la demanda se radicó ante el Juzgado 6° Administrativo de Cali el 8 de julio de 2014 (fl.59), de donde se suscito conflicto de competencia, quedando demostrado que de una fecha a la otra no se superó los 3 años que contempla en artículo 151 del CPTSS.

Costas

En cuanto a la condena en costas a la UGPP en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar la UGPP vencida en juicio, al tener la obligación de reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada por las demandantes. Ahora, si bien la Juez respalda su decisión en lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 365 del CGP, el cual establece que *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*, para la Sala los fundamentos esgrimidos por la *a quo* no resultan suficientes para la absolución de los mismos, ya que si bien la entidad decidió no resolver el reconocimiento pensional manifestando que no era posible establecerse a quien le asistía el derecho toda vez que la UGPP es una entidad de carácter eminentemente administrativa y no tiene facultades para evaluar pruebas allegadas al expediente administrativo, debiendo ser la justicia ordinaria quien debía dirimir el conflicto.

Son razones solo para ser eximida de la condena al pago de intereses moratorios como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, más no en el caso de las costas, toda vez que al tener las demandantes que acudir ante la justicia ordinaria incurrieron en gastos

imprescindibles del proceso, que además tuvo un largo trayecto ante el conflicto de competencia que fue suscitado por la entidad accionada y que conllevó a que el proceso se resolviera finalmente 5 años después de su radicación, aunado a que la demandada presentó oposición a las pretensiones de la demanda, por lo tanto, son motivos más que suficientes para deba ser condenada en costas en primera instancia, las cuales serán fijadas por el sentenciador de primer grado.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia dado que los recursos interpuestos prosperaron.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

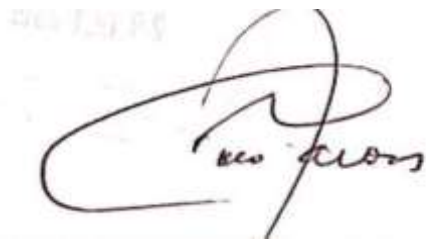
PRIMERO: MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a los porcentajes de la mesada pensional que debe reconocerse a favor de las demandantes, estableciéndose que los mismos se deberán reconocer así: 56,10% a favor de la señora ROMELIA PÉREZ y 43,89% a favor de la señora MARÍA EDUVIGES SAENZ a partir del deceso del señor HÉCTOR CAICEDO, por haberse acreditado la calidad de cónyuge y compañera permanente de manera simultánea.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal sexto de la sentencia, en su lugar CONDENAR a la UGPP al pago de costas procesales a favor de las señoras ROMELIA PÉREZ y MARÍA EDUVIGES SAENZ, las cuales deberán ser tasadas en primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la UGPP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL CARMENZA BEATRIZ POSADA
MONRIY contra GENTE OPORTUNA S.A.S., S.O.S. EMPLEADOS S.A. EN
LIQUIDACIÓN y EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE JUEGOS DE
SUERTE y AZAR COLJUEGOS**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **CARMENZA BEATRIZ POSADA MONROY** se **declare** que existió un contrato a término indefinido con la empresa ETESA hoy COLJUEGOS a partir del 2 de agosto de 2010, se **declare** que el 10 de mayo de 2012, inició un contrato de trabajo directamente con COLJUEGOS, se **declare** que el cargo ocupado y desempeñado fue el de técnico 1, se **declare** que el contrato terminó el 30 de agosto de 2015, sin justa causa, se **declare** que existe pagos indirectos por parte de COLJUEGOS por laborales realizadas por la demandante, se **declare** que durante el periodo descrito se realizó labores propias del objeto de la empresa COLJUEGOS, se **declare** que la señora HEYBI POVEDA FERRO le ordenaba, coordinaba y generaba instrucciones para realizar su trabajo como técnico 1 desarrollo de mercado, se **declare** que durante la vigencia del contrato, es decir, desde el 10 de mayo

de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, COLJUEGOS pagó y canceló salarios por la realización de labores del corazón y fundamento de la empresa, se **declare** que durante la vigencia del contrato, es decir, del 10 de mayo de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, COLJUEGOS no pagó y canceló el sueldo básico que correspondía según el nivel de salario de acuerdo con la planta de personal de COLJUEGOS, se **declare** que no se cumplieron con los preceptos legales del contrato de trabajadores en misión y trabajador temporal durante la vigencia de los contratos ejecutados en la empresa COLJUEGOS, se **declare** que el trabajo desarrollado estuvo enmarcado dentro de la función del área jurídica en la revisión de las solicitudes relacionadas con autorización y concesión de juegos de suerte y azar competencia de la empresa COLJUEGOS, se **declare** que la empresa GENTE OPORTUNA S.A.S. actuó como simple intermediaria entre el 2 de agosto 2010 y el 18 el marzo de 2014, y que verdadera empleadora fue ETESA hoy COLJUEGOS, se **declare** que durante el periodo 10 de mayo de 2012 y 31 de agosto de 2015, la empresa SOS EMPLEADOS S.A. actuó como simple intermediaria y su verdadera empleadora fue COLJUEGOS, se **declare** que COLJUEGOS no realizó pagos de cesantías, ni intereses a las cesantías por el periodo 10 de mayo de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, se **declare** que COLJUEGOS no realizó pagos de prima legal y vacaciones correspondiente a los años 2012 a 2015, se **declare** que fue despedida sin justa causa.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLJUEGOS a pagar el valor de la reliquidación de las cesantías por el tiempo laborado 2012 a 2015, se condene al pago de intereses a las cesantías del 10 de mayo al 31 de diciembre de 2012, de los años 2013 a 2015, se **condene** al pago de prima de servicios de los años 2012 a 2015, se **condene** al pago de vacaciones de los años 2012 a 2015, se **condene** la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago incorrecto de las cesantías, se **condene** a la indemnización del artículo 65 del CST por el no pago oportuno de las prestaciones, se **condene** a la indemnización por despido injustificado, se **condene** a COLJUEGOS a pagar seguridad social integral salud, pensión y riesgos laborales desde su ingreso 2 de agosto de 2010 y hasta su retiro 30 de agosto de 2015, se **ordene** al pago de la indexación de los valores adeudados, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls.96 a 99).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.92 a 96) se señalaron en síntesis que inició a trabajar el 2 de agosto de 2010 con la empresa GENTE OPORTUNA S.A.S. a través de un contrato de obra o labor contratada, para trabajar en misión en el cargo de apoyo a procesos promocionales en ETESA, con término del 2 de agosto de 2010 al 28 de febrero de 2011, devengando como salario la suma de \$1.500.000, que el 24 de febrero de 2011, es entregada por la empleadora GENTE OPORTUNA S.A.S. comunicación firmada por HERNANDO OVALLE en el cual se anuncia la conclusión de la obra o labor contratada en misión el 28 de febrero de 2011, que el día 1° de marzo de 2011, firma un nuevo contrato por término de duración de la obra o labor contratada con GENTE OPORTUNA S.A.S. para trabajar en misión en el cargo de apoyo al proceso de procedimientos para la misma empresa ETESA devengando la suma de \$1.500.000, término del contrato hasta el 30 de abril de 2012, que dichos contratos se desarrollaron para la empresa ETESA en sus instalaciones, con los elementos de trabajo por ellos brindados y bajo su subordinación, que mediante Decreto 175 del 25 de enero de 2010, se ordenó la supresión y liquidación de la empresa ETESA, que mediante Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011, se crea COLJUEGOS, que el día 10 de mayo de 2012, se firma un nuevo contrato con GENTE OPORTUNA S.A.S. en el cargo de apoyo al proceso de procedimiento para la empresa COLJUEGOS devengando la suma de \$1.500.000, de la misma manera que los anteriores contratos este se desarrolló en las mismas instalaciones pero para COLJUEGOS, que el 10 de mayo de 2012, se firma *otro sí* sobre el manejo y trámite de incapacidades médicas, el 21 de diciembre de 2012, se firma un *otro sí* con el cual se cambia el cargo a TÉCNICO 1 DESARROLLO DE MERCADOS como trabajador en misión, que en el numeral 3 del mencionado *otro sí* se expresa: *“que en razón a que la planta de personal con la que cuenta actualmente COLJUEGOS solo contempla 57 cargos de los 193 cargos que debe tener la empresa de conformidad con el estudio técnico presentado por el Departamento Administrativo de la Función Pública para la adopción de la planta de personal a la fecha no se puede proveer el cargo correspondiente a las funciones que viene adelantando el trabajador”*, que lo anterior muestra de manera clara la realización de operaciones directas y como parte de los cargos de COLJUEGOS, que el *otro sí* suscrito el 21 de diciembre de 2012, cambio el tipo de contrato como contrato a término fijo a partir del 21 de diciembre de 2012 al 28 de febrero de 2013, que el día 1° de marzo de 2013, firma un nuevo *otro sí* renovando el contrato a partir del 1°

de marzo hasta el 21 de abril de 2013, que el día 22 de abril de 2013, firma un nuevo contrato de trabajo con GENTE OPORTUNA S.A.S. para prestar servicios a COLJUEGOS a término indefinido con un salario de \$2.000.000, manteniéndose el cargo, el 19 de marzo de 2014, nuevamente firma otro contrato a término fijo el cual finalizaba el 31 de agosto de 2015, con un salario mensual de \$2.129.623, que el 1° de marzo de 2015, se cambia de nuevo el contrato con SOS EMPLEADOS S.A. para prestar sus servicios a COLJUEGOS a través de un contrato a término fijo inferior a 1 año, con un salario mensual de \$2.129.623 y una duración hasta el 30 de junio de 2015, que el día 29 de mayo de 2015, se entrega una comunicación por parte de SOS EMPLEADOS S.A. indicándole la no prórroga del contrato, el día 31 de agosto de 2015, se hace entrega de los equipos de propiedad de COLJUEGOS, el día 25 de mayo de 2018, se radica ante COLJUEGOS derecho de petición en el cual se solicita el pago de prestaciones e indemnizaciones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

GENTE OPORTUNA S.A.S. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5 al 10, 13, 14, 16 a 19, 21, 22, 24, 25, 27, 32 y 33, parcialmente cierto el numeral 15, los cuales tiene relación con el vínculo laboral que tuvo con la demandante como trabajadora en misión para ETESA y COLJUEGOS, acepta el valor del salario aludido en la demanda, notificación de la terminación del contrato, fecha de la supresión y liquidación de ETESA y la creación de COLJUEGOS, los *otro sí* suscritos y cambio de la modalidad contractual para diciembre de 2012, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle el numeral 35 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre la empresa GENTE OPORTUNA S.A.S. y la empresa usuaria, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo, buena fe de la empresa, mala fe de la demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, prescripción, trabajador en misión, compensación, terminación del contrato por finalización de la labor u obra contratada, buena fe, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa y genérica (fls. 136 a 147).

COLJUEGOS oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 19, 45 a 50, parcialmente ciertos los numerales 14 y 15, los cuales tienen relación con supresión y liquidación de ETESA y la creación de COLJUEGOS, la vinculación laboral que tuvo con GENTE OPORTUNA S.A.S. conforme a los certificados allegados y las peticiones que presentó la demandante, dijo no ser ciertos los numerales 11, 12, 24, 26, 29 y 38; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la relación laboral con COLJUEGOS, inexistencia de intermediación entre GENTE OPORTUNA S.A.S. y SOS EMPLEADOS S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, ausencia de responsabilidad de COLJUEGOS-cláusula de indemnidad, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada y oposición a la condena en costas (fls. 285 a 297).

SOS EMPLEADOS S.A. contestó por medio de curador ad litem, oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló no constarle y propuso como excepciones de fondo prescripción e innominada o genérica (fls. 446 a 449).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 31 laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de septiembre de 2019, **declaró** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante en calidad de trabajadora oficial y la empresa COLJUEGOS en calidad de empleadora, por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 2013 al 31 de agosto de 2015, **condenó** a COLJUEGOS a cancelarle a la demandante la suma de \$3.691.346 por concepto de la indemnización consagrada en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 y la **condenó** al pago de costas procesales y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente (CD fl. 478).

Como argumento de su decisión, indica la *a quo* que conforme al Decreto 175 de 2010, por el cual se suprime ETESA y se ordena su liquidación, no aparece consignado que se crea una nueva entidad que funja como patrón sustituto, ni que opere sustitución patronal, que al revisarse el Decreto 4142 de 2011, por el cual se crea COLJUEGOS, si bien era cierto se dice que en la actualidad no existe una entidad encargada de la administración permanente

del monopolio rentístico de juegos y azar, función que venía cumpliendo ETESA EN LIQUIDACION en ninguno de los apartes se dice que COLJUEGOS sea la entidad que asuma a ETESA, ni mucho menos que se trata de un proceso de fusión o transformación ni tampoco de absorción, de manera que trata de dos personas jurídicas completamente distintas. Además, de que tampoco se encontraban vinculadas al mismo Ministerio porque ETESA se encontraba vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, mientras que COLJUEGOS está vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público,

En consecuencia, aduce la sentenciadora que revisaría la función desplegada por la demandante con la empresa usuaria COLJUEGOS y no frente a la empresa usuaria ETESA, por cuanto la misma no había sido vinculada al plenario, sostiene que dentro del expediente obraba dos documentales con cargo y salarios distintos, por lo que se atenía al contenido del contrato en donde indicaba que el cargo desempeñado por la actora había sido apoyo a procesos de procedimiento con un salario de \$1.500.000, que aparecía otro contrato suscrito con GENTE OPORTUNA siendo la empresa usuaria COLJUEGOS, a término indefinido y en el cargo es de técnico 1 desarrollo de mercados con asignación de \$2.129.623 desde el 22 de abril de 2013 hasta el 18 de marzo de 2013, frente a lo cual no existía reparo porque no se superaba el término de los 6 meses prorrogable por otros 6 meses, además el cargo era distinto al de la vinculación inicial y con una remuneración diferente. Posteriormente, aparece un contrato de trabajo a término indefinido pero ya la EST no es GENTE OPORTUNA SAS sino es SOS EMPLEADOS SA, en el cargo de TÉCNICO 1 y un salario de \$2.129.623, aparece certificación de SOS EMPLEADOS SA donde se certifica que la demandante estuvo vinculada laboralmente con la compañía a través de un contrato a término fijo como trabajadora en misión con la empresa usuaria COLJUEGOS, como técnico 1, con salario básico mensual de \$2.129.623 del 19 de marzo de 2014 al 28 de febrero de 2015 y del 01 de marzo de 2015 al 31 de agosto de 2015.

Arguye que de dichas documentales se encuentra probada la prestación del servicio de la demandante a favor de COLJUEGOS, que si bien es cierto frente al trabajador en misión existe una subordinación por delegación en donde el empleador en principio es la EST y delega el poder subordinante a la empresa usuaria, cuando se presentan figuras como las ocurridas en el presente

asunto no se podría hablar que ese poder subordinante es por delegación porque se está disfrazando la existencia de un contrato de trabajo y efectivamente quien presta el servicio para una entidad como la que hoy se está convocando a la Litis tiene la calidad de trabajador oficial, por lo que debía declararse la existencia de un contrato de trabajo siendo la demandante trabajadora oficial de COLJUEGOS por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015.

Paso seguid, procede a estudiar las pretensiones solicitadas de las cuales se encuentra la solicitud de nivelación salarial teniendo en cuenta el cargo que existe entre la planta de personal que correspondería a la funciones desempeñadas por la demandante, lo cual conllevaría a la reliquidación e cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes al SSS, sin embargo, le correspondía al actora probar cuál era el cargo equivalente y cuáles eran las funciones de ese cargo junto con su remuneración, pruebas de las cuales carece el expediente, además de que la demandante había confesado en interrogatorio de parte que le fueron pagadas las prestaciones.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, refirió obra dentro del plenario comunicación de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo en donde se indica que el contrato terminaría el 31 de agosto de 2015, efectuando el estudio bajo lo establecido en el Decreto 2127 de 1945, estableciendo que entre COLJUEGOS y la demandante no suscribieron estipulación contractual alguna sobre el término de duración del contrato, por lo que se debía aplicar la presunción del artículo 43 del citado Decreto, como la violación a la transgresión a la ley 50 de 1990, art 71, es decir, que comenzó a partir del 22 de abril de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015, por lo que es a partir del 22 de abril de 2013, que empezaría contabilizarse ese plazo presuntivo de 6 meses, el cual vencía el 22 de octubre de 2015 y como la relación laboral terminó el 31 de agosto de 2015, a la demandante se le adeudarían 52 días que corresponden al plazo presuntivo con un salario de \$2.250.623, lo cual daba lugar a una indemnización equivalente a la suma de \$3.691.346.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción señaló que el contrato de trabajo terminó el 31 de agosto de 2015 y el derecho de petición en donde

se solicita el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones fue radicado el 25 de agosto de 2018, esto es antes de que transcurriera el término prescriptivo trienal, por lo que no podía declararse probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que como la juez manifestó se encontraban demostrados los presupuestos del contrato realidad y si bien es cierto que los cargos son una cosa y las funciones otras, cambiar el cargo no significa el desarrollo diferente de una función, las funciones fueron siempre las mismas desde el 10 de mayo de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, que le hayan cambiado el nombre al cargo no quiere decir que no ejercía la misma función y así quedó claro y establecido por la misma apoderada de GENTE OPORTUNA, por las mismas declaraciones hechas por la testigo NARDARIOS y por las certificaciones emitidas por GENTE OPOTUNA, que el hecho de tener documentos expedidos directamente por GENTE OPORTUNA con diferentes cifras y valores, los mismos no fueron tachados de falsos, por lo tanto, solicita se análisis las pruebas que aparecen en el plenario a folio 22, 28, 43, 47,49 y 53.

Por otra parte, dentro del líbelo de la demanda en el hecho 13 se dice que el trabajo desarrollado por la demandante estuvo enmarcado dentro de la función del área jurídica en la revisión de solicitudes relacionadas con la utilización y concesión de COLJUEGOS (Pag 182 del dto 1452 de 2015), en ese Decreto está claramente establecido el cargo que desempeñó y las funciones que desempeñó la demandante, por lo tanto, se equivoca la Juez al manifestar que no se presentaron pruebas fehacientes y que no se logró probar cual era el cargo y funciones desarrolladas; y que estas mutaron de contrato a contrato, no hubo interrupción en los contratos desde el 10 de mayo de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, y es lo que se reclama en el proceso, téngase en cuenta que la Sala Laboral del TSB en un caso similar planteado en el proceso 11001310503120160053901 reconoció y declaró probadas las pretensiones desde 3 octubre de 2011 hasta el 21 de abril de 2013, por lo cual siendo esto parte de la jurisprudencia que debe tenerse en

cuenta sea revisada porque es exactamente el mismo caso que hoy nos convoca.

COLJUEGOS también interpuso recurso de apelación insistiendo sobre los contratos de prestación de servicios con las EST y que en virtud de esa relación contractual fue que los empleados temporales prestaban los servicios en la entidad. Así mismo, debe tener en cuenta la situación sobre la planta de personal de la entidad, pues hasta el 2015 se normalizó y que la suscripción de estos contratos de prestación de servicios y la modalidad en que se prestaron por empleados en misión obedeció única y exclusivamente a que primara la prestación de servicio por parte de la entidad creada en el 2011, razón por la que considera se debe tener en cuenta este hecho haciendo alusión que no fue por capricho de la entidad que se suscribieran contratos de prestación de servicios con las temporales.

Añade, que se encuentra de acuerdo con la juez respecto de que no fueron aportado ningún tipo de pruebas que permitieran establecer que la demandante recibiera el pago de un empleado de planta de COLJUEGOS, por cuanto la planta de personal no estaba creada razón por la cual no se va a poder probar que existiera diferencia porque no habían empleados de planta que desarrollaran las funciones de la demandante, tampoco existe intermediación laboral, que en cuanto a la jurisprudencia que hace referencia la demandante advierte que Tribunal también encontró que no se probó de ninguna manera que había lugar a reliquidación, teniendo en cuenta que la demandante ya había recibido el pago por sus labores y como quedó demostrado en el proceso se le cancelaron las prestaciones sociales, pues si bien en dicha sentencia se reconoció también la indemnización por despido injusto como lo señaló la juez, se debe tener en cuenta que se trata de trabajadores oficiales, donde no hay trabajo a término indefinido como si se tratará de empleados públicos, sino que tiene el plazo presuntivo que se vence cada 6 meses. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se niegue de forma total las pretensiones de la demanda, máxime cuando se tiene en cuenta que los empleadores siempre fueron las EST, también solicita se revoque la condena en costas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la demandante logró demostrar su calidad de trabajadora oficial, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada COLJUEGOS, quien actuó como beneficiaria de los servicios prestados por ella y sobre quien se pretende demostrar como verdadero empleador. Por otra parte, se establecerá si hay lugar a reliquidar las acreencias laborales percibidas por la actora de acuerdo al sueldo básico que correspondía según el nivel de salario de acuerdo con la planta de personal de COLJUEGOS, si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa y a la condena en costas procesales.

Calidad de trabajadora oficial

De conformidad con el Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011, COLJUEGOS fue creada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por lo tanto, corresponde a la Sala determinar en primer lugar la categoría laboral a la que perteneció la demandante durante el tiempo en que prestó su servicio, pues de ello dependerá la procedencia del estudio de los derechos reclamados por la promotora del proceso y derivados del contrato de trabajo. El artículo 5° del Decreto 3138 de 1968, establece quienes se entiende como trabajadores oficiales y empleados públicos en las Empresa Industrial y Comercial del Estado, señalando:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

(...)

*Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; **sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible***

Los artículos 2 y 3 del Decreto 1452 de 2015, señala las funciones propias de las diferentes dependencias de COLJUEGOS, en los cuales se establece que la planta de personal estará compuesta por 2 empleados públicos que corresponde al presidente de la entidad descentralizada y un jefe de oficina, para un total de 194 trabajadores oficiales.

De acuerdo con lo anterior, se tiene entonces que al no estar el cargo aducido por la actora de “TÉCNICO 1 DESARROLLO DE MERCADOS” dentro de las excepciones para ser empleada pública, da lugar a esta jurisdicción estudiar las pretensiones contra la demandada COLJUEGOS, por tratarse de asuntos laborales debatidos por una aparente trabajadora oficial.

Intermediación laboral

El objeto de las empresas de servicios temporales están establecidas en el artículo 75 de la Ley 50 de 1990, en la cual tiene como finalidad la de prestar servicios a terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

De tal manera que, uno de sus elementos esenciales es la temporalidad del servicio y la colaboración o apoyo temporal objeto del contrato solo es procedente en las específicas hipótesis de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber: **1.** Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo. **2.** Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. **3.** Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que dicha figura para

vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador. En relación con el tema, la SL de la CSJ lo plasmó en la sentencia SL17025-2016.

A fin de verificarse si se incumplió con la forma contractual antes aludida, debe precisarse previamente que la Sala únicamente hará alusión a los extremos que fueron declarados en primera instancia, esto es, del 22 de abril de 2013 al 31 de agosto de 2015, ya que no existió discusión sobre ello. Así las cosas, revisado el material probatorio se aportó contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre la actora y GENTE OPORTUNA S.A.S. en el cual se acordó que la demandante prestaría sus servicios a la empresa usuraria COLJUEGOS a partir del 22 de abril de 2013, en el cargo de técnico 1 de desarrollo de mercados con un salario mensual de \$2.000.000 (fl.43), se encuentra otro contrato a término indefinido suscrito entre la actora y la empresa S.O.S EMPLEADOS S.A. para ejecutar su labor en COLJUEGOS en el cargo de técnico 1 a partir del 19 de marzo de 2014, con un salario mensual de \$2.129.623 (fl.49), el día 27 de febrero de 2015, la demandante suscribe otro contrato con la empresa S.O.S EMPLEADOS S.A, esta vez bajo la modalidad de término fijo inferior a un año a partir del 1° de marzo de 2015, para seguir ejerciendo sus labores para el empresa COLJUEGOS en el mismo cargo de técnico 1 y salario, con fecha de finalización 30 de junio de 2015 (fl.55), se encuentra “*otro sí*” suscrito entre las partes en el cual se acuerda prorrogar el contrato a partir del 1° de julio de 2015 hasta el 31 de agosto de 2015 (fl.60).

De lo anterior, refiere COLJUEGOS en la contestación de la demanda que para la fecha en que fueron suscritos los contratos de prestación de servicios con las temporales no se había creado la planta de personal, razón por la cual no le quedaba otro camino diferente a la empresa que la suscripción continua de contrato de prestación de servicios con las referidas empresas temporales, para que por conducto de sus trabajadores en misión, se garantizara la operación de la entidad, sin embargo, tal manifestación no

resulta suficiente para establecer que se actuó conforme a Ley, pues claramente de los contratos suscritos desde el abril de 2013, la demandante ejecutó su labor de forma continua y bajo el cargo de técnico 1 de desarrollo de mercados superando el término de 6 meses prorrogables hasta por seis 6 meses más, pues dicha labor se ejerció alrededor de 3 años, además de acuerdo a la misma contestación de la demanda de COLJUEGOS refiere que mediante el Decreto 925 del 3 de mayo de 2012, se modificó la planta de personal de COLJUEGOS indicándose en el artículo 1° que el número de trabajadores oficiales al servicio de la entidad sería hasta de 55 trabajadores, lo cual permite establecer que para el momento de la suscripción del contrato en el 2013, ya se encontraba conformada la planta de personal, no siendo entonces excusa que mantuviera la labor de la demandante más del término contemplado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, razones más que suficientes para declarar la existencia de un contrato realidad en el cual la demandada COLJUEGOS actuó como verdadero empleador.

Reliquidación acreencias laborales-nivelación salarial

Aduce la demandante que deben ser reliquidadas las acreencias laborales que le fueron canceladas por las EST, de acuerdo el sueldo básico que correspondía según el nivel de salario de acuerdo con la planta de personal de COLJUEGOS. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia laboral que al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación, estableciendo textualmente en sentencia SL1503-2016, reiterada en las sentencias SL 14349-2017 y SL 3688 de 2020, lo siguiente:

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575. (Negrillas fuera del texto original).

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida

*al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva**, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato. CSJ SL 17442 de 2014. (Negrillas fuera del texto original)».*

Siguiendo el derrotero jurisprudencial expuesto y en lineamiento con el caudal probatorio allegado al plenario, se tienen que en efecto no existen suficientes pruebas con las cuales se pueda determinar esa discriminación salarial que alega la actora, pues en principio no se indica cuál es el cargo de planta con el cual se pretende la nivelación salarial, tan solo hace referencia a que se tome en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1452 de 2015, empero en dicho decreto no se encuentra estipulado el cargo de técnico 1 de desarrollo de mercados, que fue la labor desarrollada por la actora, ni tampoco se encuentra establecido dicho cargo en la resolución 20192000043264 del 16 de diciembre de 2019, en cual se modificó la distribución de cargos de la estructura organizacional de COLJUEGOS, pues si bien allí se estipula el cargo de técnico 1, el mismo no especifica las funciones de dicho cargo, igualmente la demandante tampoco aportó al plenario constancia de las funciones realizadas por ella, ni la comparación de sus funciones con alguien que ocupara el mismo cargo de planta en la entidad demandada a fin de poderse establecer que efectivamente se trataron de las mismas funciones, sin que sea suficiente para acceder a lo pretendido lo manifestado por la testigo NARDA LIGIO RIOS quien también laboró para la empresa las EST, pues de su dicho tan solo se rescata que la actora laboró durante la vigencia del contrato en el mismo cargo el cual pertenecía al área de paz y salvo, sin que se relatará de manera contundente y clara las labores ejercidas por la señora CARMENZA POSADA en comparación con otro cargo de planta de la entidad accionada, por consiguiente, resulta imposible impartir condena más aun cuando tampoco se cuenta con el salario de más que devenga el trabajador de planta.

Despido sin justa causa

Conforme a lo dicho, se tiene que la demandante verdaderamente ejecutó una relación de trabajo directa con COLJUEGOS y no un contrato con las

empresas de servicios temporales como originalmente se había planeado por las partes, ello quiere decir que a partir del 22 de abril de 2013, la actora adquirió la condición de trabajador oficial en razón de la naturaleza jurídica de la sociedad demandada y, por lo mismo, es aplicable en su favor el concepto de *plazo presuntivo* de cara a evaluar la finalización de su contrato de trabajo, pues los plazos fijos pactados con la empresa de servicios temporales perdieron legalidad. Pues en tal sentido lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en cuanto a que la ley establece una suerte de *presunción legal* de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, **a menos, ha precisado, que tal cuestión se modifique por la vía de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo** (CSJ SL1497-2014), situación que no es la presente, toda vez que se insiste que los contratos celebrados con las EST perdieron su eficacia.

De esta manera, si el término inicial del contrato de trabajo del actora comenzó, 22 de abril de 2013, el último plazo de seis meses conforme los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, inició el 22 de abril de 2015, por tanto, venció el 22 de octubre del mismo año. Luego, la indemnización por despido injustificado que corresponde al tiempo que faltaba por completar el *plazo presuntivo* aplicable al contrato de la actora, corresponde a los 52 días de salario faltantes, tal y como lo estableció la Juez de primera instancia, por consiguiente, se confirmará lo decidido.

Costas

Finalmente, en cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar vencida COLJUEGOS en juicio y además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

De acuerdo a lo estudiado habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Sería el caso condenar en costas a ambas partes dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No obstante, no se condenará al pago de las mismas en esta instancia en tanto se dan por compensadas.

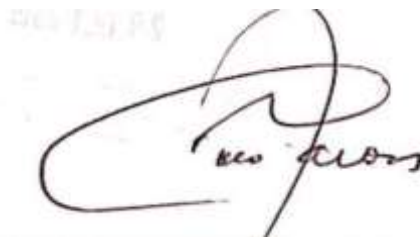
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

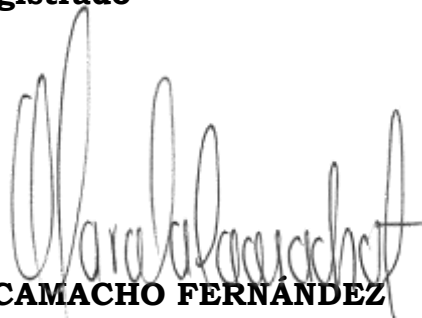
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31 Laboral del circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL CARMEN VANEGAS
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARÍA DEL CARMEN VANEGAS** se **declare** la afiliación a COLFONDOS a partir de octubre de 1998, es ineficaz en los términos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, por falta de información adecuada, relacionada con la forma de acceder a la pensión. Como consecuencia, se **condene** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes para pensión realizados por la demandante, se **condene** a COLPENSIONES a registrar en su historia laboral todos los aportes provenientes de COLFONDOS y permitirle continuar hasta obtener su pensión (fls. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.3 a 5), señaló que estuvo cotizando al ISS hoy COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el

1° de diciembre de 1991 al 31 de octubre de 2001, acumulando un total de 512,43 semanas de cotización, que fue abordada por los promotores de COLFONDOS quienes la convencieron que se trasladará, manifestándole que era la misma forma de pensionarse, que el ISS lo iban a liquidar, que se iba a poder pensionar cuando quisiera, que teniendo en cuenta lo manifestado por los promotores de COLFONDOS se trasladó a dicho fondo en abril de 2005, que no suscribió en COLFONDOS ningún documento donde constará que recibió asesoría e información suficiente y completa como para tomar una decisión reflexiva sobre su futuro, no recibió una adecuada información sobre el funcionamiento del sistema pensional en el régimen de ahorro individual, que desde su afiliación a COLFONDOS ha cotizado 14 años y apenas tiene un capital de 42 millones, que de llegar a los 57 años de edad no le permite pensionarse, mientras que esos 14 años afiliada a COLPENSIONES había cotizado 728 semanas sumadas a las cotizadas con anterioridad al traslado obtendría un total de 1,245.57 semanas, que realizó los trámites para su traslado sin obtener un resultado favorable por faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (fls. 45 a 63) contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 2, que corresponden al tiempo que estuvo afiliado al ISS y los aportes que realizó, en cuanto a los demás hechos señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe e innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 7, el cual tiene que ver con la información dada por COLFONDOS en la certificación expedida a solicitud del actor, en cuanto a los otros hechos de la demanda dijo no ser ciertos los numerales 3 a 6 y 9; y no constarle los

demás, propuso como excepciones de fondo 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 individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (fls. 86 a 97).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de enero de 2020 (CD – fl. 136), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante en cuantía de medio SMLMV.

Fundamentó su decisión, señalando que a folio 107 del expediente aparece una impresión de ASOFONDOS donde aparece consignado que la demandante se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS a partir del 8 de febrero de 2005, a folio 105 aparece formulario de traslado diligenciado el 8 de febrero de 2005. Paso seguido, procedió la sentenciadora a verificar cuáles eran los requisitos que se necesitaban para el traslado de régimen pensional en dicha calenda, empezando por verificar lo establecido en el art. 13 de la ley 100 de 1993, normatividad que establece que el traslado es libre y voluntario; y que la manifestación de la elección sea formulada por escrito, que al revisarse el expediente se encuentra el formulario de traslado de régimen en donde aparece la voluntad plasmada por escrito, documento que no fue tachado, ni desconocido su contenido.

Refiere la *a quo* que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante ésta había señalado que leyó la parte de diligenciar, pero la parte minuta no, solo leyó los datos personales, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que el interrogatorio solamente sirve de prueba de lo que le perjudica, más no de lo que le beneficie, encontrando inconsistencias en su declaración, toda vez que ella empieza su relato diciendo que cuando se iba a vincular con el ACUEDUCTO tenía que afiliarse y lo único que consiguió fue el asesor de COLFONDOS, sin embargo, aparece como empleador CAMINO DE VIDA

en el formulario de afiliación, no acreditándose dentro del expediente que su empleador hubiera sido el ACUEDUCTO, demostrándose que la demandante no dijo toda la verdad o al menos no aparece acreditado con la documental obrante en el expediente, concluyendo la Juez que conforme a lo narrado se encuentra cumplido el requisito dispuesto en el literal b.) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. En cuanto al requisito señalado en artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 del 1994, también se acreditaba cumplido como también el artículo 12 del Decreto 720 del 1994, teniendo en cuenta que del interrogatorio de parte de la demandante también se logra establecer que sí existió una asesoría, porque ella habla del asesor de COLFONDOS y dice que en ese momento ella está cotizando a COLPENSIONES, sin embargo, al revisarse la documental del expediente “*semanas cotizadas a COLPENSIONES*” la última cotización que reporta la demandante es para el año 2001 y el traslado se dio en el año 2005, lo cual demuestra que no estaba cotizando en ese momento a COLPENSIONES, pero sí recibió asesoría al mencionar que el asesor le dijo que firmará y dijo que la empresa que la estaba contratando tenía asesores.

Igualmente, se lograba evidenciar de su declaración que su inconformidad radicaba en el monto de la pensión, siendo claro que cada régimen pensional tiene características propias; por ejemplo, el régimen de ahorro individual con solidaridad donde se encuentra la demandante tiene la garantía de pensión mínima, esto es que puede acceder al reconocimiento pensional sin que se le exija las 1,300 semanas cuando cumple con un tope de semanas inferior a las exigidas en COLPENSIONES y con la simple circunstancia de cumplir con la edad, que para el caso de la demandante sería una ventaja toda vez que con la edad con la cual cuenta actualmente está próxima a cumplir el requisito y con las semanas cotizadas podría acceder a una pensión mínima lo cual no tendría en COLPENSIONES, quedando evidente en el presente asunto que los presupuestos legales al momento del traslado están cumplidos.

Arguye la Juez, que si bien es cierto la sola asesoría en el formulario no prueba la asesoría a la demandante, ésta confeso sobre las explicaciones que le dio el asesor, aunque reitera que no son muchas, pero confiesa que había un asesor que la entrevisto, además la demandante durante el tiempo

que ha cambiado de empleador no ha dejado de cotizar a COLFONDOS, cuando estaba a tiempo de haber retornado al Régimen de Prima Media y solamente lo hace ahora que esta aportas de pensionarse, lo cual demuestra su intención de permanecer en el sistema. Finalmente, indica que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, es palmaria en establecer que no se necesitaba de un documento adicional para el momento del traslado en relación con el asesoramiento, además los supuestos fácticos de la jurisprudencia de la Corte no son los mismos a los estudiados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, argumentando el apoderado que no se trataba de que la demandante asegurara su pensión sino las condiciones con las que se iba asegurar, porque uno en su vida laboral hace un esfuerzo para que al final le diga que tiene una pensión con el SMLMV, teniendo en cuenta que en un régimen opera un sistema de capital y en el otro un sistema de semanas, si bien la prueba de interrogatorio de parte no es plena prueba en este caso, cuando se instaura una demanda de estas es porque se tiene un sustento jurídico que corresponde a la sentencia de la Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo con radicado SL 1452 de 2019, la cual es muy clara respecto de la carga de la prueba y habla de la inversión a favor del afiliado.

Por esta razón el solo formulario no es plena prueba, pues la sentencia establece que si el afiliado alega que no recibió la información cuando se afilió ello supone un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente de quien lo invoca, siendo la AFP quien está en condiciones de hacerlo, además la sola presencia del asesor no es plena prueba de la información, pues este solo se limita de llenar el formulario, pero no existe prueba de la asesoría y el hecho de que haya cotizado hasta el 2001, esto se debe a los problemas que ha tenido la San Juan de Dios consistentes en los aportes a pensión lo cual todavía está en litigio, de manera que, lo que hizo la AFP es abordar a la demandante para firmar, por lo que la prueba por parte de la AFP debe constar por escrito y el hecho de que la demandante diga que para el momento del traslado estaba laborando para el ACUEDUCTO y no para otra empresa, lo que demuestra es que yo no le dije

a la demandante que contestar en cada pregunta, sino que fue espontaneo y precisamente es al momento de llegar a la edad de pensión que la actora se da cuenta de la realidad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si existió traslado de régimen y en caso afirmativo, determinar si éste es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por los demandados.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA DEL CARMEN VANEGAS el 8 de febrero de 2005 (fl. 105), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS. Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° de diciembre de 1991 al 31 de octubre de 2001, como se puede ver del expediente administrativo obrante a folio 26.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien de los formularios de afiliación a la AFP se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido información suficiente por parte de ésta respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a que la entidad cumpliera con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Ahora, si bien la demandante confirma en su declaración de parte haber firmado el formulario de manera voluntaria, ella también refirió que leyó solo la parte de diligenciar, pero la parte minuta no y que decidió afiliarse a dicho fondo por la premura de emplearse, pues en ese momento estaba optando por un empleo encontrándose en las instalaciones de la empresa el asesor de COLFONDOS quien le manifestó que las condiciones pensionales seguirían igual y que el ISS iba a desaparecer, sin que le diera más información sobre el nuevo régimen pensional al cual se iba a trasladar, demostrándose con su dicho que no contó con suficiente ilustración por parte de la demandada al momento del traslado, pues si hubiere sido así, habría tenido más claras las diferencias entre estos dos regímenes.

Aduce la Juez que de la versión dada por la actora existen contradicciones, pues dijo que la empresa para la cual iba a laborar era el ACUEDUCTO,

encontrándose en el formulario de traslado una empresa distinta, así mismo, dijo estar cotizando al ISS, pero del historial laboral solo se encuentran aportes a dicha entidad hasta el año 2001, en relación con la inconsistencia frente a la empresa a la que iba a entrar a trabajar la actora, verificado el formulario de afiliación a COLFONDOS, se observa que en efecto corresponde a una empresa distinta, sin embargo, ello no implica que no esté diciendo la verdad respecto de las circunstancias de cómo se dio el traslado de régimen, toda vez que al revisarse el formulario allí se indica como fecha de ingreso a la empresa CAMINO DE VIDA –CAVIDA fue el 4 de febrero de 2005, lo cual demuestra que en efecto la afiliación al régimen de ahorro individual se dio precisamente en el momento en que estaba ingresando a laborar a dicha compañía, de manera que el dicho de la actora tiene credibilidad en cuanto a que la decisión se tomó ante la premura de firmar el nuevo contrato con éste empleador.

Lo cual además demuestra los pocos conocimientos que tenía la demandante sobre el tema, toda vez que si ya se encontraba afiliada al ISS podía seguir cotizando a ese sistema sin necesidad de tenerse que trasladar de régimen, pues tan solo se reanudarían sus cotizaciones, pues efectivamente había dejado de cotizar desde el año 2001, notándose un aprovechamiento por parte del asesor de COLFONDOS, pues con el fin de recaudar un afiliado más, no le informó sobre su situación, por el contrario, convenció a la actora de diligenciar el formulario de traslado de régimen argumentando solo cosas positivas sobre el nuevo régimen pensional, sin informarle las circunstancias que implicaría su decisión, cabe resaltar que contrario a lo dicho por la Juez la demandante sí informó en su declaración que al momento del traslado no se encontraba cotizando a pensión.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le hubiera indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, se requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que

la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto; de suerte que la entidad estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de que se encuentre firmado el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de las AFPS COLFONDOS, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses

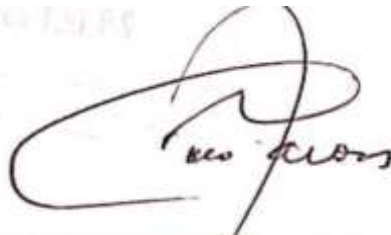
como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

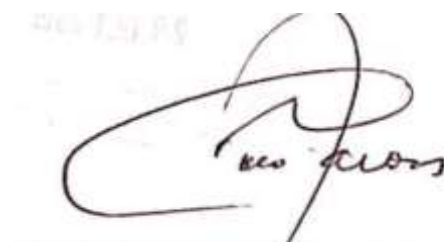


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS, en la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KILI YOJANA ROJAS MENDOZA contra
FLEXO SPRING S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **KILI YOJANA ROJAS MENDOZA** solicita de **manera principal** se **declare** que a la terminación contractual 1° de septiembre de 2017, se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales de autorización del inspector del trabajo, por tal razón no produce efectos legales, se **declare** que el despido fue producto de estar la demandante en estado de debilidad manifiesta por enfermedad al padecer de escoliosis, migraña y escoliosis dorsolumbar de origen estructural. En consecuencia, se **condene** a la demandada a reinstalarla sin solución de continuidad por ineficacia del despido, siendo este desde el 1° de septiembre de 2017, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales.

De **manera subsidiaria**, solicita se **declare** que el despido se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales de autorización del inspector de trabajo, por tal razón produce efectos al dejar desvinculado al trabajador, pero deviene en un despido sin justa causa. En consecuencia, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, se **condene** a la indemnización adicional equivalente a 180 días de salario, compatible con la anterior

indemnización, conforme el precedente constitucional del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (fls.7 a 8 y 117 a 118).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 6 y 111 a 116 del plenario en los cuales en síntesis se señalaron que el 19 de agosto de 2008, ingresó a trabajar para la empresa FLEXO SPRING S.A.S. a través de un contrato a término indefinido, ocupando el cargo de operaria de sellado, con un horario rotativo de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. de sábado a sábado, las funciones que realizaba era las de manejar maquina selladora, empacar el producto terminado y revisar el material de impresión, actividades que desarrollaba de manera sentada, que al momento de ingresar le realizaron los respectivos exámenes médicos con resultado normal y apta para trabajar, que en el mes de marzo de 2016, consultó a su EPS por presentar dolor en la columna recibiendo medicamentos para el dolor, en el mes de mayo de 2017, empezó sus tratamientos médicos por cuanto sus dolencias empeoraban, el 22 de agosto de 2017, le fueron ordenadas terapias físicas, las cuales fueron realizadas en la IPS REHABILITACIÓN LAS AMÉRICAS con masajes y ejercicios en máquina, de los procedimientos médicos de terapias y dolencias se comunicaban de manera verbal a su jefe inmediata CLAUDIA NIÑOS y al jefe de personal FERNANDO RAMOS, para asistir a sus citas médicas expedidas por los médicos tratantes, la demandante las entregaba al supervisor de turno para los respectivos permisos, que durante los procedimientos médicos adelantados le fueron otorgadas 3 incapacidades, que la patología que padece es escoliosis desviación de la columna que no le permite estar mucho tiempo sentada, encontrándose pendiente para cirugía de columna, que a pesar de la patología que padece y de ser conocida plenamente por la demandada, ésta jamás remitió a la demandante a salud ocupacional, ni solicitó recomendaciones laborales, que el 1° de septiembre de 2017, la demandada a través del Director de Administración Personal le entregó carta de terminación del contrato sin justa causa, que el 21 de septiembre de 2017, tuvo cita de control la cual estaba programada desde el mes de mayo de 2017 (en vigencia de su relación laboral), que en dicha cita fueron entregadas recomendaciones médicas y se ordenaron algunos exámenes, que es cabeza de familia con una hija menor de 10 años, la cual depende de ella, por lo que se vio precisada a instaurar una acción de tutela a efectos de lograr la estabilidad laboral reforzada, la cual le correspondió al Juzgado 81 Penal Municipal de Función de Garantías, despacho judicial que en fecha 10 de noviembre de 2017, decidió tutela transitoriamente, ordenando el reintegro, decidiendo la parte demandada impugnar la decisión conociendo en segunda instancia el Juzgado 37 Penal del Circuito de

Bogotá quien mediante fallo del 11 de enero de 2018, decide confirmar, que en cumplimiento de dicha decisión la demandada decide reintegrarla a partir del 27 de diciembre de 2017, cancelándole todos los salarios dejados de percibir hasta la fecha del reintegro.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **FLEXO SPRING S.A.S.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 4, 5, 15, 20 y 22, los cuales tiene relación con extremo inicial de la relación laboral y modalidad contractual, afiliación al sistema de seguridad social por parte del empleador, acepta la terminación del contrato sin justa causa, la interposición de la tutela por parte de la demandante y la impugnación presentada en contra de la decisión constitucional, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 6, 7, 8, 12, 13, 17 y 18; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte de la demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, genérica (fls. 158 a 181).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de septiembre de 2019, **absolvió** a FLEXO SPRING S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, condenó en costas a la parte actora en la suma de \$50.000 (CD fl.300).

Como **argumento de su decisión**, comenzó por señalar que no existe controversia respecto de existencia del contrato de trabajo, en el que la demandante estuvo vinculada mediante un contrato a término indefinido del 19 de agosto de 2008 hasta el 1° de septiembre de 2017, fecha en que se le terminó el vínculo contractual con el pago de la correspondiente indemnización.

En cuanto a la estabilidad laboral solicitada, sostuvo el *a quo* que de las pruebas allegadas se encuentra la historia clínica de la demandante donde aparece que se encuentra diagnosticada con la enfermedad de escoliosis desde el 27 de enero de 2014, como consecuencia de ello el médico la remitió a una sesión de fisioterapia con

las cuales se practicaron el 3 de diciembre de 2014, 23 de abril de 2015 y 17 de febrero de 2017, también le fueron impartidas recomendaciones verbales y escritas para el manejo de la enfermedad, también se encuentra que fue incapacitada por dos días el 4 de julio de 2017, debido a la escoliosis diagnosticada, sin que se observará que la demandante hubiese estado incapacitada por esa misma causa en otras oportunidades o causas diferentes, refiere el sentenciador que en el interrogatorio de parte absuelto al representante legal de la empresa demandada, éste manifestó que la demandante había presentado varias incapacidades médicas, no obstante, no se lograba determinar o establecer que hubiesen sido a causa la escoliosis, que en la hoja de vida de la demandante no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral y al momento del despido no estaba incapacitada.

De otro lado, indica el sentenciador que la demandante en interrogatorio de parte aceptó que al momento de la finalización del vínculo no estaba incapacitada, no tenía calificación de pérdida de capacidad, ni contaba con restricciones médicas y tampoco asistía a terapias, que la última incapacidad reportada se realizó 4 meses antes de la decisión de finalizar el contrato de trabajo, adiciona que la incapacidad no fue superior a 2 días, también fue escuchada la declaración de CLAUDIA PATRICIA NIÑO jefe de Recursos Humanos quien había argumentado que la terminación del contrato no fue por causa del estado de salud de la demandante, sino que se debió a que en la resolución 668 de 2016 se prohibió la circulación de bolsas plásticas menores de 30x30 y se impuso el pago del impuesto a las bolsas, circunstancia que afectó a la empresa y conllevó a la eliminación de un turno en el área de sellado y el despido de 10 trabajadores dentro de los cuales estaba la demandante.

En consideración a lo anterior, el *a quo* concluyó que la demandante durante la vinculación laboral ha padecido varias patologías entre ellas la escoliosis, evidenciándose que había sido incapacitada por dicha causa, siendo la última el 4 de julio de 2017, anotando que dichas incapacidades no eran constantes, tampoco estaba acreditado en el expediente que sus quebrantos de salud le dificultaran o hubiesen impedido el desarrollo de funciones de forma adecuada, por lo tanto, no se otorgaba la estabilidad laboral reforzada, de igual forma dentro de la historia clínica se advertía que le fueron expedidas recomendaciones médicas, sin embargo dentro del informativo no había prueba que demostrará que el empleador hubiere tenido conocimiento de ello, además de que para el momento del despido no estaba incapacitada, no tenía calificación por parte de la Junta de Calificación de Invalidez para sellar su protección laboral.

Sobre las pretensiones subsidiarias, consistente en el despido sin justa causa, refirió que obra dentro del expediente escrito de terminación del contrato a través del cual el Director Administrativo comunica a la demandante la finalización del contrato soportada en el art 64 CST, en donde se le reconoció una indemnización en la suma de \$5.892.548, valor que resulta superior al calculado por el Despacho, de manera que le mismo se encontraba acorde a derecho, tampoco le asiste derecho a la indemnización de art 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto al momento del despido no estaba protegida por la estabilidad ocupacional reforzada por disminución física a que hace referencia la Corte Constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación Apelación solicitando se de aplicación al criterio que para tales efectos ha venido exponiendo la Corte Constitucional el cual resulta acorde a la aplicación del principio de favorabilidad que debe aplicarse en favor del trabajador, considera que en aplicación de ese postulado efectivamente se debe acceder a las pretensiones de la demanda, ya que a pesar de que no exista dictamen que informe la Pérdida de Capacidad Laboral, sí existen elementos de convicción que permiten establecer que la demandante presentaba una condición particular de salud que en su momento lo cual amerita la protección que a su favor accedió el juez constitucional, pues evidentemente no solo una incapacidad por sí misma puede significar razón suficiente para ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, pues el término de limitación se da por personas que están en una condición de debilidad manifiesta y no necesariamente tengan una Pérdida de Capacidad Laboral, se encuentra demostrado que la demandante padece de escoliosis y que esa situación fue la que generó el amparo constitucional y la empleadora tenía pleno conocimiento de esa situación como lo refirió el Representante legal y el testimonio recepcionado por el Despacho.

En esos términos, considera que hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda y bajo la misma directriz del Juez constitucional, teniendo en cuenta las pruebas que demuestran la situación de salud de la trabajadora para la época de la desvinculación laboral, considera que las argumentaciones esbozadas para pretender “justificar” la decisión de terminar el contrato de trabajo no encajan dentro de los presupuestos del ordenamiento legal, pues nótese que la decisión de la empleadora fue unilateral sin ningún tipo de motivación, se condujo a hacer uso de la facultad del art 64 CST que está prevista no solo para el empleador, sino para cualquiera de las partes para

terminar el contrato y con ocasión a ello fue que precisamente reconoció el pago de la indemnización, pero el parágrafo del artículo 62 y 66 del CST, establece que deben existir las razones que den lugar a la terminación del contrato de trabajo las cuales se deben comunicar al momento de la terminación del contrato, que no fue lo que aconteció en éste caso, por lo que verificadas las condiciones, se debió solicitar autorización del Ministerio de Trabajo, pues la razón que alega la empleadora dentro del trámite del proceso para terminar el contrato de trabajo no es la que se indica en la carta de despido, por lo que al no acudirse ante el Ministerio del Trabajo se estarían burlando los derechos que legítimamente le corresponden al trabajador particularmente y especialmente cuando se encuentran en condiciones de salud que ruegan una estabilidad reforzada.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del contrato laboral la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada. En caso afirmativo, se determinará si hay lugar a reintegrarla al mismo cargo que ocupaba a la finalización del vínculo u otro de igual o superior categoría. Así mismo, si procede la indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes lo cual fue aceptado por la demandada y se encuentra corroborado con la documental que milita a folios 182 a 246, de donde se colige que la señora KILI YOJANA ROJAS MENDOZA laboró al servicio de FLEXO SPRING S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose en el cargo de operaria de sellado, devengado como último salario la suma de \$815.900, relación laboral que inició el 19 de agosto de 2008 y finalizó el 1° de septiembre de 2017.

Estabilidad laboral reforzada

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de

salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia–, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación en proveído SU – 040 de 2018, expresó:

“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”

(...)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

“a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.”

“b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

“c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”

Conforme a la cita jurisprudencial referida, le corresponde al trabajador únicamente demostrar que se encontraba en situación de discapacidad y que ello, fue la razón del despido, por su parte debe el empleador demostrar las justas causas alegadas para que se configure la estabilidad laboral reforzada, de manera que no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una discapacidad.

Para resolver el caso objeto de estudio, es necesario traer a colación las pruebas recaudadas dentro del plenario, en cuanto a las pruebas documentales se encuentra historia clínica de la demandante en donde se acredita que padece de escoliosis dorsolumbar y migraña (fls. 70 a 94), sin incapacidad al momento del despido, ni estado de discapacidad, con sesiones de fisioterapia y rehabilitación en los meses de enero, febrero, abril, mayo y julio de 2017, y recomendaciones médicas de fecha mayo de 2017. Mediante audiencia realizada el 11 de julio de 2019, fue escuchada en **interrogatorio de parte a la señora KILI YOJANA MENDOZA** quien corroboró que al momento del despido no se encontraba incapacitada, tampoco había adelantado algún procedimiento de pérdida de capacidad laboral, pero que le había comentado verbalmente al jefe de planta que estaba haciendo esos papeles, que antes de la terminación estuvo incapacitada 3 o 4 veces por 2 días, que le había informado a la jefe de planta de forma verbal que se iba a practicar un test de escoliosis, pero no entregó ningún soporte del examen que se iba hacer, que la última incapacidad que tuvo fue en junio o julio de 2017.

En **interrogatorio de parte el representante legal** de la empresa demandada manifestó que dentro de la hoja de vida de la demandante se encuentra las incapacidades expedidas por la EPS. De otro lado, se recepcionó el **testimonio de CLAUDIA PATRICIA NIÑO MENDEZ** en calidad de jefe de Recursos Humanos quien señaló que la empresa era muy juiciosa en revisar cuando se debe sacar alguna persona sin justa causa, tiene la política de revisar siempre el estado de salud de los

trabajadores que van a salir por ese medio, que la persona no esté incapacitada, lo cual ocurrió con la demandante quien había presentado la última incapacidad hacía 4 meses, tampoco estaba vigente procesos de calificación de enfermedad, tampoco existían restricciones, recomendaciones o terapias, que no tenían conocimiento al momento de la terminación del contrato de alguna patología de escoliosis y desviación de la columna que tuviera la demandante, adujo también que la empresa se dedica a la elaboración de bolsas de plásticas, área en el cual labora la demandante en donde se encuentra la maquina selladora, que básicamente debido a la normativa legal que en temas de plástico se ha generado la resolución 0668 de 2016, se prohibió la circulación de empaques o bolsas menores a un tamaño de 30x 30 cm, razón por la cual la empresa se vio afectada en ese momento por dicha resolución y también por el impuesto a las bolsas.

Agrega, que fue testigo de que la empresa intentó mantener por varios meses la nómina de los trabajadores, pero llegó un momento en que ya no pudo hacerlo y tocó tomar la decisión de eliminar un turno en el área de sellado, porque es donde se hacían las bolsas que la ley no permite generarlas, entonces, debido a eso se tomó la decisión de sacar a la demandante junto con otros 10 trabajadores, ya clientes por ejemplo; COPIDROGAS básicamente dejó de comprar más o menos \$1.100.000.000, clientes como la COOPERATIVA DE CONSUMO dejó de comprar \$490.000.000.000 COLSUBSIDIO \$1.900.000.000, que la empresa no tenía muchos clientes y los que tenía dejó de facturar, siendo esa la razón por la que salieron estas personas.

Como bien se puede apreciar del anterior recaudo probatorio, en el momento en que se dio por terminado el contrato laboral la actora no se encontraba incapacitado, ni tampoco existía discapacidad en relación a la enfermedad que padece, si bien le fueron ordenadas terapias de rehabilitación para el momento del despido ya habían finalizado, en cuanto a la recomendación médica del mes de mayo de 2017, no existe soporte que la misma haya sido puesta en conocimiento del empleador, téngase en cuenta que si bien al momento del despido no necesariamente debe existir una calificación de la enfermedad, si debe acreditarse para dicho momento se encontraba en estado de incapacidad o discapacidad médica y que la misma haya sido el motivo del despido, aspectos que no se encuentran demostrados en el presente asunto, de hecho la actora acepta que la última incapacidad presentada fue en junio o julio de 2017, por dos días, lo cual se corrobora con la historia clínica aportada.

Ahora, si bien de la carta de despido sin justa causa que milita a folio 99 no se encuentra de manera expresa las razones señaladas por la testigo CLAUDIA PATRICIA NIÑO MENDEZ que dieron lugar al despido de la actora, lo cierto es que el artículo 64 del CST no establece que deba existir motivación alguna por parte del empleador para dar por terminado el contrato sin justa causa, tan solo contempla que debe ser indemnizado el trabajador frente a dicha decisión, distinto ocurre con la indemnización con justa causa en donde se establece expresamente como lo menciona la recurrente que debe existir motivación al momento del despido tal y como lo contempla el párrafo del artículo 62 del CST, que literalmente indica: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

En sentencia reciente la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (SL 1181 de 2021), trajo a colación jurisprudencia de dicha Corporación en la cual se hizo el estudio del artículo 64 del CST, señalando:

“Así mismo, en torno a la trasgresión de los principios y normas constitucionales, la CSL SL3424-2018 también reiterada en CSJ SL4988-2018 y CSJ SL5178-2019, esgrimió:

[...] tampoco dicha disposición trasgrede los principios materiales de la Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Esto, porque en la Carta Fundamental se reconoce el derecho a la libertad de empresa, la cual consiste en la facultad que tiene toda persona de desarrollar una actividad económica y de organizar a su discreción todas las cuestiones inherentes a ella, lo que incluye la dirección de las relaciones de trabajo, si para ello contrata los servicios de personas naturales....

No obstante, ese poder empresarial no es absoluto y se encuentra limitado por los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa. Por tanto, para la Corte tampoco es de recibo el argumento según el cual los «puestos de trabajo» son de los trabajadores, porque ello restaría eficacia a la mencionada potestad del empleador. En dicha perspectiva, la Corporación reitera que todo empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico (CSJ SL, 4 ag. 1992, rad. 5127).

Es decir, contrario a lo que aduce la censura, la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello. Dicho de otro modo, dicha figura jurídica tiene ver con la expectativa cierta que tiene el empleado de conservar su puesto de trabajo mientras subsistan las circunstancias que le dieron origen y cumpla con sus obligaciones. Empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello

atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual.

Es así que la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 64 en comento, a través de las sentencias C-1507-2000 y C-533-2012, indicó que no vulnera los derechos del trabajador porque la figura del reintegro no es la única forma de proteger la estabilidad laboral, toda vez que ante la decisión unilateral e injustificada se puede apelar válidamente a la indemnización del perjuicio causado”.

En tal sentido, la empresa no actuó ilegalmente al haber tomado la decisión de dar por terminado el contrato sin justa causa a la trabajadora, pues frente a dicha decisión se pagó la indemnización correspondiente, aunado a que la actora si bien padecía de escoliosis dorsolumbar y migraña, dichas enfermedades no la tenían en estado de incapacidad, como tampoco se encontraba bajo estado de discapacidad alguna y las terapias para su mejoramiento ya habían terminado, de suerte que, no se demostró estar bajo estado de debilidad manifiesta, por lo tanto, la encartada logró acreditar que las razones del despido obedecieron a causas distintas al estado de enfermedad de la demandante como lo justificó la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO MENDEZ, motivo por el cual el empleador no estaba obligado acudir ante el Ministerio del Trabajo para solicitar el permiso para su despido.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

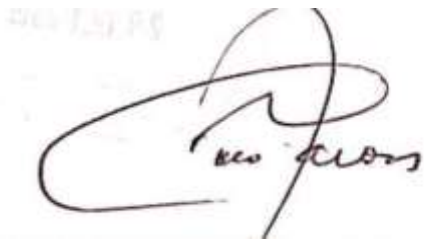
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

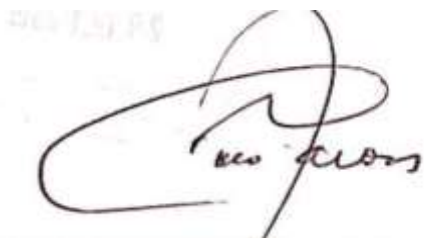


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$100.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LISANDRO RAFAEL MERCADO
ARIZA CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LISANDRO RAFAEL MERCADO ARIZA**, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez aplicando el Decreto 758 de 1990 en cuando a la edad, número de semanas y monto del 90%, se **condene** a COLPENSIONES a establecer un nuevo IBL de toda la vida laboral según lo previsto en el inciso final del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para un promedio actualizado de \$951.091, liquidada en un monto del 90% para una mesada inicial de \$855.982 a partir del 30 de septiembre de 2011, se **condene** que en subsidio del monto sobre el 90%, se liquide el monto sobre un 85%, según lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 30 de septiembre de 2011 y hasta cuando se efectuó el pago, se **condene** de manera subsidiaria a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fls. 3)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), señaló que cotizó para el ISS hoy COLPENSIONES desde el 2 de diciembre de 1968 al 30 de septiembre de 2011, para un total de 1,665 semanas, que el 22 de noviembre de 2008, cumplió los 60 años de edad, que para el 1° de abril de 1994, tenía 45 años de edad y acumulaba 993 semanas cotizadas, por lo tanto, era beneficiario del régimen de transición, que mediante resolución No. 0009922 del 22 de agosto de 2011, el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$611.915 a partir del 22 de noviembre de 2008, que la liquidación de la pensión se realizó con 1,500 semanas sobre un IBL de \$679.905 al cual se aplicó el 90%, que la pensión fue reconocida con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece que si el trabajador cotizó más de 1,250 semanas puede optar por el salario promedio de toda la vida laboral, que el 19 de octubre de 2017, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, solicitud que fue resuelta mediante resolución SUB 248549 del 7 de noviembre de 2017, en la cual fue negada la petición, mediante las resoluciones SUB 288277 del 12 de diciembre de 2017 y DIR 23352 del 20 de diciembre de 2017, se desataron los recursos de reposición y apelación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 48 a 52**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos todos, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, 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 e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de febrero de 2020 (CD – fl. 129), **absolvió** a COLPENSIONES de todas las

pretensiones incoadas por el demandante, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y obro de lo no debido y lo **condenó** en costas en la suma de \$200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que COLPENSIONES mediante resolución No. 00009922 del 22 de agosto de 2011, le reconoció al demandante la pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 90%, la cual arrojó una mesada pensional de \$679.905 a partir del mes de septiembre de 2011, frente a lo cual manifiesta la parte actora que el monto debe ser superior en aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en toda su vida laboral, ante dicha solicitud refiere el *a quo* que el actor fue pensionado por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 18 de julio del año 2000, en donde se le otorgó una pensión por despido injusto a partir del 22 de noviembre del año 1998, en la que se indicó que procedería inscribir al demandante en el ISS y que cotizaría en el régimen de pensiones hasta que el mismo cumpliera con los requisitos para la pensión respectiva, por lo que, las cotizaciones realizadas al citado Ministerio obedecieron única y exclusivamente con el objetivo de que el demandante alcanzará a acreditar los requisitos de pensión señalados por el ISS para que se subrogara parcial o totalmente de la pensión de jubilación que le fue reconocida por el citado Ministerio.

De manera que, la citada resolución se especificaba que el pensionado tenía la obligación de requerir al ISS en su debida oportunidad para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que el demandante había procedido a reclamar la pensión de vejez el día 14 de diciembre de 2010, fecha en la cual superaba ampliamente los requisitos para la pensión, esto es, el 22 de noviembre del año 2008, fecha en la cual cumplió los 60 años de edad, por lo tanto, el ISS al momento de realizar el estudio correspondiente le reconoció la pensión a partir del 22 de noviembre de 2008, en tal sentido las cotizaciones realizadas con posterioridad a noviembre de 2008, no podían tenerse en cuenta, pues las mismas se realizaron hasta tanto el actor cumpliera con la totalidad de sus requisitos de pensión de vejez y esa se subrogaría parcial o totalmente con la pensión de jubilación que reconoció el Ministerio de Agricultura, asumiendo el mayor valor.

Así las cosas, COLPENSIONES había efectuado en debida forma la contabilización de las cotizaciones realizadas, teniendo en cuenta la fecha en que el demandante cumplió con el lleno de los requisitos de la pensión de vejez otorgando la misma desde el 22 de noviembre de 2008 y un retroactivo pensional dejado en suspenso hasta tanto se definiera a quien se debería cancelar e ingresando en nómina de pensionados en septiembre de 2011, en consecuencia no era posible cotizar semanas posteriores al reconocimiento de la pensión.

4

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, la Sala determinará si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta lo cotizado en toda su vida laboral.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor LISANDRO RAFAEL MERCADO ARIZA, conforme se infiere de la Resolución 00009922 del 22 de agosto de 2011 (fls. 6 a 8), a través de la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$ 611.915 a partir del 22 de noviembre de 2008, tomándose como tasa de remplazo el 90%. Igualmente, se encuentra acreditado que mediante resolución No. 00333 del 18 de julio de 2000, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural le reconoció al actor pensión de jubilación a partir del 22 de noviembre de 1998, en cuantía inicial de \$259.969, reconocimiento pensional que se hizo con base en lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo periodo 1996-1998, que trata de la pensión en caso de despido injusto. Así mismo, en dicho acto

administrativo se ordenó inscribirlo al ISS y cotizar al sistema de pensiones hasta cuando cumpliera los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento de la respectiva pensión.

Reliquidación mesada pensional

5

Solicita la parte actora le sea reliquidada su mesada pensional teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en toda la vida laboral como quiera que reúne al 30 de septiembre de 2011, un total de 1,665.14 semanas de cotización.

Al respecto, revisado el acto administrativo de reconocimiento proferido por el ISS hoy COLPENSIONES se tiene que la prestación otorgada al demandante consistió en una compartibilidad entre la pensión reconocida por el empleador con la pensión a cargo de dicha entidad, subrogando el pago del mayor valor, estableciéndose en dicho acto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, subrogado por el artículo 12 del Decreto 1160 de 1994, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, únicamente se tomarían en cuenta todas las cotizaciones efectuadas hasta el 22 de noviembre de 2008, fecha en que el actor cumplió la edad exigida para el reconocimiento pensional, siendo éste el último requisito faltante.

En tal manera, que le asiste razón al *a quo* en cuanto a que no es factible tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad al 22 de noviembre de 2008, para reliquidar la mesada pensional como lo pretende el promotor del proceso, toda vez que las cotizaciones efectuadas por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL se realizarían únicamente hasta tanto el actor acredite el total de los requisitos legales para la pensión de vejez que lo fue al cumplimiento de la edad, tal y como quedó plasmado en el artículo 3° de la resolución No. 00333 del 18 de julio de 2000, por lo tanto, las cotizaciones que se efectuaron después de dicha data se debieron ante la tardanza del demandante en reclamar el derecho pensional que lo hizo el 14 de diciembre de 2010 y el tiempo en que el ISS expidió la resolución de reconocimiento (22 de agosto de 2011), incluso en el parágrafo de la resolución No. 00333 del 18 de julio de 2000, se estableció

que el pensionado adquiriría las obligaciones de requerir al Seguro Social, en la debida oportunidad, el reconocimiento y pago de la pensión, y de reintegrar en forma inmediata al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la totalidad de los valores que por ese concepto reciba de dicha entidad, incluidos el retroactivo y las mesadas siguientes que le llegare a cancelar, lo cual permite establecer que las cotizaciones efectuadas por fuera del tiempo en que acreditó la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión corresponden al Ministerio y no al actor, toda vez que lo que hizo el empleador fue un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del ISS.

6

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

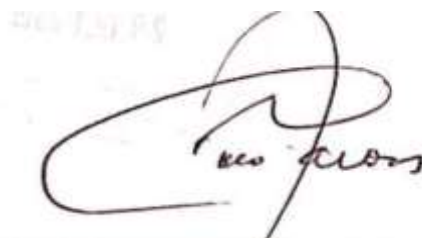
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR ALFONSO SUAREZ
CAMACHO CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **OSCAR ALFONSO SUAREZ CAMACHO CORTES** se **declare** que tiene derecho a que se le reconozca una pensión especial de vejez de que trata el parágrafo 4° del artículo 797 de 2003. En consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer la pensión especial de vejez con motivo de la discapacidad de su hijo de conformidad con el dictamen pericial proferido por COLPENSIONES el 30 de julio de 2018, se **declare** que la estructuración de la enfermedad es a partir del 30 de julio de 2018, se declare que la última cotización al sistema fue el 4 de marzo de 2018, se

declare que para la tasa de remplazo se debe tener en cuenta 1,453 semanas cotizadas según consta en la resolución SUB 288917, se **condene** a parta como primera mesada pensional la suma de \$1.299.574,35 a partir del 1° de agosto de 2018 y hasta cuando se dé cabal cumplimiento a la sentencia, teniendo en cuenta los incrementos por concepto de IPC certificados por el DANE al final de cada año, se **condene** a pagar por concepto de mesadas atrasadas desde el nacimiento del menor hasta la fecha de estructuración, esto es, del 8 de octubre de 2010 hasta el 30 de julio de 2018, suma estimada en \$112.220.308, se **decrete** la liquidación de las sanciones previstas en el artículo 64 y 65 del CST, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fls.2 a 3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 1 a 2 del plenario, en los cuales se señalaron; que el señor OSCAR ALFONSO SUAREZ es el padre biológico y legal del menor GABIREL FELIPE SUAREZ JIMÉNEZ quien nació el 8 de octubre de 2010, que a través de dictamen pericial de pérdida de capacidad laboral expedido por COLPENSIONES el 30 de julio de 2018, se le determinó una pérdida de capacidad ocupacional del 72,5%, dictamen que fue notificado el 6 de agosto de 2018, que mediante derecho de petición se solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez especial ante COLPENSIONES, derecho que fue negado mediante resolución SUB 288917 del 2 de noviembre de 2018, por no demostrarse su condición de único responsable económico y social de su hijo invalido.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser todos ciertos, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas

en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 81 a 87).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante audiencia del 3 de diciembre de 2019, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la suma equivalente a \$16.919.912 por concepto del retroactivo de mesadas pensionales calculadas entre el 1° de agosto de 2018 al 30 de noviembre de 2019, tomando como mesada inicial la suma de \$1.034.870 y como mesada para esa anualidad la suma de \$1.067.779, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad y deberán ser reconocidas de manera indexada, **autorizó** a COLPENSIONES en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 a descontar del retroactivo pensional lo que corresponda con destino al sistema de seguridad social en salud y **condenó** en costas a COLPENSIONES en la suma de \$500.000 (CD fl.111).

Como argumento de su decisión, el *a quo* manifestó que se encontraba demostrado que mediante dictamen rendido por COLPENSIONES el día 30 de julio de 2018, se determinó la pérdida de capacidad del hijo del actor, estableciendo como fecha de estructuración de la enfermedad el 8 de octubre de 2010, fecha de su nacimiento; por tener una enfermedad congénita y se determinó una pérdida de capacidad del 72.5%, que fue en virtud de dicha decisión que se solicitó el reconocimiento y pago de la prestación especial el día 23 de agosto de 2018, la cual fue negada, indicándose como aspecto relevantes para negar el reconocimiento el hecho de no haber acreditado la condición de padre cabeza de familia y la dependencia económica del hijo por parte del demandante, así como tampoco se acreditó que tiene trabajo y que éste le impide atender al menor.

Para resolver asunto, el *a quo* hizo referencia a la pensión especial de vejez establecida en el Parágrafo 4, artículo 9 de la ley 797 de 2003, señalando que en la misma se faculta el reconocimiento de la prestación con excepción del cumplimiento de la edad para que el afiliado pueda asistir social y económicamente a su hijo discapacitado, que en dicha normatividad se establece que será exonerado del reconocimiento frente al cumplimiento del requisito de la edad, que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 3772 del 4 de septiembre de 2019, hace análisis de un asunto con supuestos fácticos se asemejan a los señalado en el proceso, en donde se analizó si era requisito necesario para el reconocimiento de la pensión especial de vejez acreditar ser padre cabeza de familia, concluyendo dicho órgano que el Parágrafo 4, artículo 9 de la ley 797 de 2003, no establece dicha exigencia. Aunado a ello, indica el sentenciador que fue escuchada la compañera permanente del demandante quien manifestó que es ella quien procura el sostenimiento del hogar por las condiciones particulares de desempleo del actor, lo cual se deriva el cumplimiento de las obligaciones que como madre debe tener, lo cual no puede constituirse a una exoneración que no dé lugar al reconocimiento de la prestación especial.

Por otro lado, en cuanto a la dependencia social y económica; y la procura del cuidado del hijo invalido, refiere el Juez que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral explica que se trata de una dependencia económica, más no lo subordina de manera especial, en el entendido que deba dedicarse de manera exclusiva al cuidado del hogar, sin embargo, la testigo (compañera del demandante) señaló que en efecto su compañero permanente ha tenido problemas de desempleo lo cual se corrobora con su historia laboral, por lo cual no puede ser castigado por esa situación, pues en el presente asunto se cumple con la finalidad de la norma, por lo tanto, no le asiste razón a COLPENSIONES para negar la pensión, que si bien en principio la decisión tuvo soporte jurisprudencial, dicha tesis ya varió con el nuevo criterio de la

Corte, además de que el actor cuenta con más de las 1,300 semanas exigidas.

Para el cálculo de la mesada tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en toda su vida laboral y lo devengado en los últimos 10 años, resultando un IBL superior con el cálculo de toda la vida laboral el más favorable, aplicando una tasa de remplazo del 69% para una primera mesada de \$1.034.870, con fecha de disfrute que corresponde al 1° de agosto de 2018.

CONSULTA

Como quiera que COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión especial de padre cabeza de familia con hijo inválido contenida en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

Al respecto, se tiene que el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, señala:

“La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

La expresión “madre” fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 29 de noviembre de 2006, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se haría extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 17898 radicado 47492 del 30 de noviembre de 2016, indicó:

“Tal beneficio especial, se otorga con el fin de que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad, pueda compensar mediante el cuidado personal sus insuficiencias y colaborarle en el proceso de rehabilitación. Así pues, esta prestación tiende a favorecer a las personas afectadas por una minusvalía, quienes dentro del sistema jurídico colombiano merecen una especial protección conforme lo ordenan las disposiciones constitucionales y lo imponen las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados como la Convención Interamericana sobre los Discapacitados, aprobada mediante la Ley 762 de 2002.”

“En esa línea, para acceder a la prestación han de cumplirse tres condiciones:

- 1) que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;*
- 2) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;*

3) *que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso.”*

“A su vez, la disposición establece como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez:

1) *que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre, y*

2) *que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.”*

En ese orden de ideas, al constatar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, se tiene que cotizó un total de **1,453.14 semanas** en COLPENSIONES, entre el 16 de marzo de 1981 al 4 de marzo de 2018 (fls. 64 a 71), se encuentra acreditado que GABRIEL FELIPE SUAREZ JIMÉNEZ es su hijo, quien cuenta con una pérdida de capacidad ocupacional del 72,5%, con fecha de estructuración 8 de octubre de 2010, fecha de su nacimiento, como da cuenta el dictamen pericial de pérdida de capacidad ocupacional expedido por COLPENSIONES el 30 de julio de 2018 (fls. 14 a 18).

Así mismo, se encuentra acreditado que el señor OSCAR ALFONSO CAMACHO solicitó el 23 de agosto de 2018, el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por hijo invalido, solicitud que fue resuelta negativamente por COLPENSIONES mediante resolución SUB 288917 del 2 de noviembre de 2018, bajo los siguientes argumentos:

“que el afiliado reclamante, no demuestra mediante su declaración que su hijo únicamente depende de él, pues nada señala sobre el papel de la madre del hijo invalido, ya que de conformidad con el concepto No. 2016_14942569 del 28 de diciembre de 2016, señala que la dependencia respecto del padre reclamante debe ser además de dependencia económica, dependencia social que se refiere a “...la existencia de la dependencia social al tener exclusivamente el cuidado personal de su hija (o) discapacitada (o), la condición de mujer cabeza de familia y por extensión jurisprudencial el padre

y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas (...)

(...)

Por lo anterior y dado que el reclamante no demuestra su condición de único responsable económica y social de su hijo invalido se niega el reconocimiento solicitado”.

La anterior tesis fue confirmada en los recursos interpuestos por el actor, como en el certificado expedido por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de COLPENSIONES, quienes además agregaron que no obraba dentro del expediente prueba alguna en la que se constante la ausencia de cónyuge o compañera, donde se pueda establecer que la guarda y cuidado personal del hijo menor de edad está a su cargo, lo anterior con el fin de demostrar la finalidad de la prestación, la cual es que el beneficiario brinde la atención total y cuidado de su hijo invalido.

Teniendo en cuenta las razones por las cuales COLPENSIONES niega el derecho pensional, que tiene que ver técnicamente en que no se demostró la condición de padre cabeza de familia, dependencia económica y social exclusiva, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en efecto como lo manifestó el *a quo* ha adoctrinado en sentencias SL17898-2016, reiterada en las sentencia SL1991-2019 y SL 739 de 2021, que la pensión especial consagrada en el citado precepto no exige que el progenitor a cargo del hijo o hija inválidos, deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, toda vez que el inciso 2.º del párrafo 4.º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, no contiene ese requisito, señalando en esta última sentencia textualmente lo siguiente:

“Lo anterior, por cuanto se ha estimado como inadmisibile una interpretación que sesgue el objeto perseguido con la implementación de aquel dispositivo, la protección de los intereses del hijo o hija invalida del afiliado, y los derechos pensionales de este último, que aspira a dicha prestación para cumplir precisamente con las obligaciones familiares y

alimentarias, ya que la finalidad en la concepción de esta pensión especial de vejez, es que el progenitor cese su vida laboral para dedicarse a la entera atención de su descendiente en condición de discapacidad, por lo que se infiere así mismo, que la dependencia de aquellos respecto del padre o madre, debe ser predominantemente económica.

Por consiguiente, es viable que ese soporte económico provenga de uno u otro progenitor, máxime, cuando dicha preceptiva legal no puede tener el efecto de liberar de aquellas obligaciones constitucionales y legales.

Al respecto, en la primera de las sentencias en cita la Sala señaló:

(...)

Así, se ha de advertir que en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto 98 de 2002 - Senado, se señaló que el objetivo de la norma era concederle el beneficio de esta especial pensión de vejez, a la madre responsable de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, con el fin de facilitarle su acompañamiento y, en esa medida, propender por su cuidado y rehabilitación.

En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

*Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos **que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas**, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).*

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que

es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.

Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.

En efecto, el numeral 7 del artículo 42 de la Constitución Política, establece que «La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, **y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos**» (resaltado no es original). De ahí que por su consagración constitucional, el derecho de alimentos -entendido como: todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, así como la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto¹-, constituya por excelencia un derecho fundamental de toda persona, por tanto, la ley y la jurisprudencia deben propender por ubicar esta figura en claros escenarios de prevalencia.

Ahora, en los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos pueden ser congruos o necesarios y comprenden la obligación de ambos padres, de proporcionarlos a sus hijos hasta el advenimiento de la mayoría de edad, es decir, hasta los dieciocho (18) años según lo establece la Ley 27 de 1977. Esta limitante de la mayoría de edad claramente resulta intrascendente, en el caso de que los hijos sean inválidos como en el sub lite, pues en tal caso, la obligación permanecerá indemne hasta tanto persista esa condición.

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y específico del campo civil, varias disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones

¹ Artículo 24 de la Ley 1098 de 2006.

de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

Entonces, la falta de la condición de madre cabeza de familia, no puede erigirse como un elemento constitutivo de marginación para acceder a la prestación reclamada, cuando, por lo visto, los hijos menores e inválidos, por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, y precisamente, la pensión especial propende porque uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.

Por eso, resulta claro que ese derecho también está ligado a otras garantías fundamentales como el mínimo vital, alimentos y seguridad social.

En esencia, no puede avalarse una interpretación restrictiva del precepto que consagra la prestación pensional que se reclama, en los términos que lo realizó el Tribunal, pues hacerlo, sería tanto como condicionar su procedencia a la extinción de un deber jurídico del otro progenitor, esto es, de su obligación de brindar alimentos a su hijo inválido.

Así las cosas, la exégesis que le imprime la Sala al mencionado requisito de dependencia económica para acceder a la pensión especial consagrada en el párrafo 4 del artículo 9, inciso 2 de la Ley 797 de 2003, coincide con el interés proteccionista del legislador frente a este grupo de extrema vulnerabilidad, merecedor de una especial consideración, así como con la necesidad de avanzar en la concesión de algunos beneficios conforme el principio de progresividad que caracteriza el Sistema de Seguridad Social Integral.

Aunado, esta postura no desentona con la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-989 de 2006, pues si bien en dicha providencia se acudió a las expresiones «madre cabeza de familia» y «padre cabeza de familia», ello no tuvo como fin darle el significado entendido por el ad quem, en tanto en dicha oportunidad, esos conceptos se equipararon a los de «madre trabajadora» y «padre trabajador», para excluir una discriminación por razones de género en vista que la norma solo aludía al primero de ellos.

Tampoco contradice lo adocinado por esta Sala en sentencia CSJ SL785-2013, 6 nov. 2013, rad. 40517, en la medida que, en esa oportunidad, se acudió al concepto de madre cabeza de familia, por razón de que la demandante tenía tal condición; no obstante, esa circunstancia no fue asimilada a la noción de dependencia económica; al contrario, en dicha

providencia se hizo alusión «a la responsabilidad alimentaria que les asigna la ley a los padres», como un factor para efectos de verificar tal requisito que, dicho sea de paso, en ese asunto no era objeto de discusión».

De tal manera, que la tesis fundada por la entidad accionada no tiene sustento alguno, pues evidentemente está solicitando requisitos adicionales a los contemplados en la norma para el reconocimiento de la pensión especial. Ahora, si bien de la declaración brindada por la señora SONIA MARÍA JIMÉNEZ RODRÍGUEZ en calidad de compañera permanente del demandante, se dijo que el señor OSCAR ALFONSO SUAREZ no trabaja en la actualidad y que es ella quien brinda el sustento del hogar, lo cual se demuestra con la historia laboral del actor, como lo mencionó el sentenciador de primera instancia, pues allí se indica que dejó de efectuar aportes desde el 4 de marzo de 2018, no son motivos suficientes para seguir negando el derecho pensional, pues precisamente con ello se demuestra que es el actor quien actualmente se encuentra al cuidado del menor discapacitado, ya que su madre es quien labora, cumpliéndose así con la finalidad de la norma que no es más que el cuidado permanente del hijo en condición de discapacidad, además de que una vez cesó su vida laboral procedió a realizar los trámites para que se llevara a cabo el dictamen de pérdida de capacidad ocupacional de su hijo y seguidamente solicitó el reconocimiento pensional, situaciones que conllevan a establecer que ciertamente reúne los requisitos para acceder a la pensión especial solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, verificada la historia laboral del demandante se tiene que la última cotización efectuada al sistema pensional lo fue en el mes de marzo de 2018, momento para el cual acreditaba un total

de 1.453,14 semanas de cotización en toda su vida laboral. No obstante, para dicha fecha aún no se encontraba establecida la pérdida de capacidad ocupacional del hijo del actor, lo cual ocurrió a través del dictamen emitido el 30 de julio de 2018, por lo tanto, asiste razón al Juez en cuanto a que la causación y disfrute de la pensión debe ser a partir del **1° de agosto de 2018**.

En cuanto a la **mesada pensional** la misma deberá calcularse conforme a lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral y los últimos 10 años, teniendo en cuenta que a la fecha supera las 1,250 semanas de cotización, frente a lo cual deberá tomarse la mesada que le resulta más favorable al actor. Al efectuarse los cálculos aritméticos por parte de esta instancia arrojó como IBL más favorable con lo cotizado en toda la vida laboral, tal y como lo estableció el Juez de primera instancia, que al aplicarse la tasa de remplazo contemplado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que corresponde al 69% se obtuvo una primera mesada pensional en la suma de \$1.074.813,27 suma que resulta superior a la calculada por el *a quo*, pero teniendo en cuenta que el presente asunto se estudia en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES se mantendrá la mesada indicada por el Juez.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, como quiera que el demandante se le hizo exigible el derecho pensional el 30 de julio de 2018, reclamó el 23 de agosto de 2018, la cual se resolvió mediante resolución GSUB 288917 del 2 de noviembre de 2018, el recurso de apelación se desató en resolución DIR 306 del 10 de enero de 2019 y la demanda se radicó el 8 de marzo de 2019 (fl.74), sin que de una fecha a otra superara los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

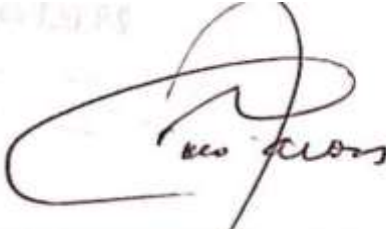
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA LUCINDA MONGUÍ RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **MARÍA LUCINDA MONGUÍ RODRÍGUEZ** se **declare** que le asiste derecho al reconocimiento, pago y causación de su pensión vejez a partir del 13 de diciembre de 2013, fecha en que cumplió los 55 años de edad por ser beneficiaria del régimen de transición. Como consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES a pagarle el retroactivo y mesadas pensionales adeudadas desde el 13 de diciembre de 2013, junto con la mesada 14, se **condene** al incremento pensional de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece los incrementos de la pensión de vejez en un porcentaje del 7% por su hija de 13 años TAIR YUVIED BOTERO MONGUI y del 14% por su cónyuge ANGEL CUSTODIO BOTERO quienes dependen económicamente de ella, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** a que las sumas sean indexadas, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** ultra y extra petita **(fl.68)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 60 a 67 y 78 a 82 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 13 de diciembre de 1958, que vive actualmente con su esposo ANGEL CUSTODIO BOTERO quien depende económicamente de ella y padece fractura de columna vertebral, hernia discal y otros desplazamientos de discos intervertebrales, así mismo, depende

económicamente de ella su hija menor TAIR YUVIED BOTERO MONGUI, que laboró para la Gobernación del Magdalena entre el 18 de junio de 1984 al 5 de octubre de 1995, para un total de 581,14 semanas cotizadas en la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena, también efectuó aportes a través del CONSORCIO PROSPERAR donde realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social como trabajadora independiente rural, por lo tanto, conserva el régimen de transición, toda vez que al 25 de julio de 2005, había cotizado 581,14 semanas en la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena y 492,85 semanas en el ISS, que el 13 de octubre de 2013, reclamó la pensión ante COLPENSIONES la cual fue negada mediante resolución GNR 212730 del 11 de junio de 2014, una vez negado el derecho siguió realizando aportes a través de CONSORCIO COLOMBIA MAYOR, sin embargo, el 11 de julio de 2016, dicho consorcio le notificó de una comunicación del 29 de junio de 2016, donde le informaba que teniendo en cuenta el programa tenía un límite máximo de permanencia y que al llegar al límite de semanas que puede subsidiar el Estado que corresponde a 500 semanas, se procedió a retirarla del sistema, procediendo nuevamente a solicitar la pensión de vejez la cual le fue negada mediante resolución SUB 46803 del 24 de febrero de 2018, frente a dicha decisión se interpusieron los recursos de Ley, viéndose en la necesidad de interponer acción de tutela dada su situación económica, acción que fue conocida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá D.C. quien mediante sentencia del 22 de junio de 2018, tuteló sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, dejando sin efectos los actos administrativos en que se le negó la pensión de vejez y ordenando a COLPENSIONES acto administrativo en la que se le reconozca y liquide la pensión de vejez, que COLPENSIONES mediante resolución SUB 182083 del 9 de julio de 2018, da cumplimiento a la acción de tutela.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 4, 7, 12, 13, 18 y 19, parcialmente ciertos los numerales 3, 6, 8, 10 y 17, los cuales tienen relación con que la demandante efectuó cotizaciones con independiente desde el mes de abril de 1997, que la actora sí ha elevado varias reclamaciones ante la entidad las cuales han sido negadas por no acreditar la densidad de semanas requeridas, que es cierto que la demandante efectuó cotizaciones hasta el año 2017, sin embargo, a partir del año 2004, los aportes realizado por el CONSORCIO PROSPERAR fueron devueltos conforme a lo estipulado en el Decreto 3771, que es cierto que la actora ha solicitado la actualización de su historia laboral con el computo de semanas en la Caja de Previsión del Magdalena, que siendo contabilizados no alcanza a reunir los requisitos

de la Ley 71 de 1988, ni de la Ley 100 de 1993, reconoce los actos administrativos que menciona el actor fueron expedidos por la entidad, también reconoce la acción de tutela en la cual se le reconocieron los derechos fundamentales a la actora y cumplimiento de lo ordenado mediante resolución SUB 182083 del 9 de julio de 2018. En cuanto a los demás hechos señaló no ser ciertos el numeral 9 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (**fls. 96 a 112**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de enero de 2020, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante y la condenó en costas en la suma de \$500.000 (**CD fl. 152**).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que la demandante pretende el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 13 de diciembre de 2013, fecha en que cumplió los 55 años de edad, destacando que es beneficiaria del régimen de transición y que cuenta con más de 1,000 semanas de cotizaciones exigidas por el Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, procedió el sentenciador a verificar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, encontrando que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad.

Paso seguido, procedió a estudiarle el derecho pensional bajo lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988, también solicitado en la demanda, para lo cual indicó que la actora prestó sus servicios en el Departamento del magdalena durante el periodo comprendido entre 18 de junio de 1984 y el 21 de diciembre de 1994 y del 1° de enero de 1995 al 5 de octubre de 1995, para un total de 581 semanas equivalentes a 11,3 años por lo que no se cumple con los presupuesto de tiempo de servicio público para acceder al reconocimiento en el marco de la ley 33 de 1985. En cuanto a la ley 71 de 1988, tampoco acreditaba dichos requisitos teniendo en cuenta que sumados los tiempos públicos y privados no alcanza a cumplir con 20 años de servicios, en cuanto al Acuerdo 049 de 1990, evidenciaba que la demandante antes de 1994, no tenía una sola cotización en el ISS por cuanto la primera cotización que aparece registrada es del 1° de abril de 1997, por lo tanto, al realizarse las cotizaciones a partir de dicha data se sometía a las reglas de la ley 100 de 1993 plenas, tampoco era dable

acumular los tiempos públicos con los privados que se efectuaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en relación con lo dispuesto en la sentencia SU 769 de 2014, por cuanto si bien la Corte ha admitido la posibilidad acumular tiempos de servicio en entidades públicas con aportes al ISS, esos precedentes jurisprudenciales no son aplicables al presente caso, toda vez los supuestos fácticos consagrados en dicha sentencia consisten en aquellas personas a las que les fuera permitido aplicarle el Acuerdo 049 de 1990, es decir, que hubiere efectuado siquiera una cotización antes de la Ley 100 de 1993. Además, sumados los tiempos públicos y privados tampoco cuenta con 1,300 semanas exigidos en la ley 100 de 1993, lo cual conlleva a determinar que tampoco es posible acceder a los incrementos solicitados dadas las resultas del proceso, seguido de que los mismos fueron derogados por la Corte Constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación manifestando que, debe valorarse nuevamente por el superior el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, con lo cual se puede establecer que la actora sí tiene derecho al reconocimiento de la prestación, por cuanto es evidente que ella conserva el régimen de transición toda vez que al 25 de julio de 2005, la señora MONGUÍ había cotizado 581 semanas en la Caja Departamental de Previsión Social Del Magdalena y 492 semanas en el ISS lo cual suma un total de 1,001 semanas, que si bien el despacho manifiesta que la demandante no cotizó desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la totalidad de las semanas, sí lo venía haciendo a través de la Gobernación del Magdalena, existiendo jurisprudencia donde se establece claramente que este reconocimiento debe ser atendido ya que no es dable que se niegue la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos y privados.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que cuando se hizo la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión y al efectuarse los correspondientes recursos claramente se evidencia que COLPENSIONES baso su argumento en una circular 012012 expedida por la vicepresidencia jurídica saltándose para ello la normativa, también se desconoció por parte del Juez de instancia lo dispuesto por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá quien mediante sentencia del 22 de junio de 2018, decidió tutelar los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al mínimo vital de la demandante y ordenó dejar sin efecto jurídico las resoluciones emitidas por COLPENSIONES donde se niega el reconocimiento de la pensión de vejez y ordena que COLPENSIONES autorice y expide el acto de reconocimiento.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la actora es beneficiaria del régimen de transición y, por ende, si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990, Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985; si operó o no el fenómeno prescriptivo, si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios e indexación y si debe reconocerse los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Régimen de transición- Acuerdo 049 de 1990

A folio 44 del expediente aparece copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se evidencia que nació el 13 de diciembre de 1958, acreditando al 1° de abril de 1994, 35 años de edad cumplidos, por lo que en principio se entendería que es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, se tiene que la demandante reclama la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, revisado el reporte de semanas cotizadas de la demandante (fls. 114), se observa que fue afiliada al ISS hoy COLPENSIONES el **1° de abril de 1997**, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que al no estar afiliada al Instituto en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, conlleva a dilucidar en primera medida que no puede dársele aplicación a dicha normatividad pese a que la Corte Constitucional en sentencia SU 769 de 2014, permita la acumulación de tiempos públicos a fin de dar aplicación a dicho Acuerdo, así como del nuevo criterio adoptado por la CSJ Sala de Casación Laboral del 1° de julio de 2020, bajo el radicado SL 1947.

Lo anterior, tiene sustento en lo dicho sobre el tema por la misma Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias con radicados 42779 del 22 de mayo de 2013 y 49680 del 5 de febrero de 2014, ésta última en la que indicó:

“Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el

primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala al sostener que el predicamento del régimen pensional inmediatamente anterior al previsto por la Ley 100 de 1993, que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para amparar a ciertos sectores de la población trabajadora que tenían una expectativa pensional conforme a las disposiciones que en ese momento regían, y que por su vigencia fueron derogadas, solamente se puede hacer respecto de quienes hubieran tenido las condición de afiliados a los diversos regímenes pensionales que para esa época subsistían, pues, la afiliación posterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, del 1° de abril de 1994 en adelante, se tiene por efectuada al respectivo régimen por el que se hubiere optado, es decir, o el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, que son a los dos (2) que se contrae el Sistema General de Pensiones concebido como parte del Sistema General de Seguridad Social Integral de la aludida normativa.”

Criterio que es reiterado en sentencia más reciente con radicado SL 2334 del 24 de junio de 2020, en la cual expresó:

“Y es que con insistencia la Sala ha destacado que el régimen de transición lleva inmersa la construcción de un esquema pensional por parte del afiliado, antes del cambio legislativo de Ley 100 de 1993, no en otro sentido se entiende la protección de un régimen anterior, que es en últimas lo que buscó el legislador; sobre el tema particular en sentencia CSJ SL2939-2018, se adoctrinó:

Dado que los cargos se dirigen por el sendero de puro derecho, no hay controversia alguna en torno a los siguientes supuestos fácticos: (i) que el actor nació el 16 de mayo de 1945; (ii) que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; (iii) que según la historia laboral el demandante ingreso al sistema de pensiones por primera vez al ISS el 1° de junio de 1994, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, le corresponde a la Corte elucidar si para ser beneficiario de la transición consagrada en el artículo 36 del estatuto de la seguridad social, es menester que el promotor del proceso hubiese estado afiliado al régimen anterior con el que pretende pensionarse.

Conviene destacar que, aunque el demandante cumple con uno de los requisitos objetivos de acceso al régimen de transición, esto es, la edad requerida al momento de la entrada en vigencia del sistema, carece de régimen pensional precedente toda vez que con anterioridad al 1° de abril de 1994 no se encontraba vinculado a ningún esquema pensional, por tanto, no hay objeto de transición. No se trata en caso alguno de que el afiliado se halle o no cotizando al momento en que se produjo el tránsito de legislación, sino que para la fecha en que operó el cambio el accionante tenga una expectativa pensional en formación, susceptible de ser protegida en su materialización. Así lo tiene definido la Sala en reiterados pronunciamientos”.

En relación a lo señalado, para que una persona pueda ser beneficiaria de las normatividades que consagra el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente debe haber estado afiliada al sistema precedente con el que pretende pensionarse, que en este caso no lo sería conforme a lo dispuesto en el

Acuerdo 049 de 1990, pues no tenía aportes efectuados a COLPENSIONES con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como se anunció precedentemente. No obstante, teniendo en cuenta que la actora con anterioridad al 1° de abril de 1994, realizó aportes públicos, se procede a verificarse si cumple los requisitos con la Ley 33 de 1985 y ley 71 de 1988.

Ley 33 de 1985

El artículo 1° de la Lay 33 de 1985, consagra como requisitos para la pensión los siguientes:

***“ARTÍCULO 1°.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.*

En consideración a la norma transcrita, la actora debe reunir 20 años de aportes públicos y 55 años de edad para acceder a la prestación, en cuanto a la edad se tiene que, al haber nacido el 13 de diciembre de 1958, acreditó los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2013. No obstante, no cumple los 20 años de servicio público, pues al revisarse el plenario acreditó los siguientes aportes con los cuales no alcanza los exigidos.

Empleador	Desde	Hasta	Semanas Cotizadas	años
GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA	18/06/1984	05/10/1995	581	11 años, 3 meses y 18 días

Pensión de jubilación por aportes – Ley 71 de 1988

Dispone la Ley 71 de 1988, que para ser beneficiaria de la pensión por aportes debe acreditar 55 años de edad en el caso de las mujer y 20 años de aportes o cotizaciones, según las documentales aportadas al plenario se tiene que la actora acredita los siguientes aportes:

Empleador	Desde	Hasta	Semanas Cotizadas	años
GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA	18/06/1984	05/10/1995 5	581	11 años, 3 meses y 18 días

Efectuó cotizaciones a COLPENSIONES correspondientes a **492,86 semanas** (fl.114) del periodo comprendido **entre el 1° de abril de 1997 al 30 de junio de 2016**, que

al sumarse las semanas cotizadas en otras cajas de previsión arroja un total **1,073, 86 semanas** de cotización en toda su vida laboral, también acredita al 29 de julio de 2005, un total de **992,72** semanas cumpliendo así con las 750 semanas exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, sin embargo, teniendo en cuenta que en cuanto la **vigencia del régimen de transición**, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de diciembre del año 2014**, la actora debió acreditar el total de semanas exigidas a más tardar a dicha data, situación que no acredita, pues para dicha fecha contaba con tan solo **1,001 semanas**, cuando debía reunir un mínimo de 1,029 semanas que corresponde a 20 años de servicios, por lo tanto, tampoco reunió los requisitos para la pensión de vejez bajo dicha normatividad.

De manera que, le asiste razón al *a quo* en cuanto a que la demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos de las normas del régimen de transición, sin que ello implique como lo menciona el recurrente que no se haya teniendo en cuenta la decisión proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, pues téngase en cuenta que el reconocimiento pensional que otorgó el Juez constitucional fue de carácter transitorio como bien lo dispuso en el ordinal cuarto de la decisión del 22 de junio de 2018 (fl.40), tampoco resulta dable asegurar que COLPENSIONES no tuvo en cuenta la normatividad para negar el derecho a la actora y solo se basó en una circular, toda vez que como bien se analizó en efecto la demandante no cumple con los presupuestos contemplados en la Ley. Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esa instancia a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

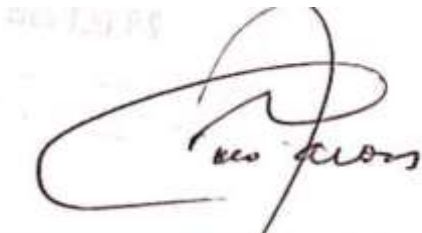
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

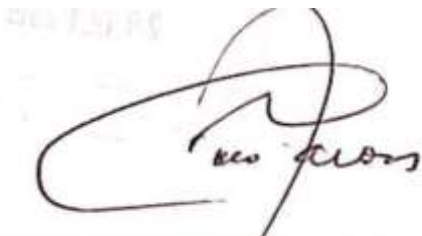


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de \$100.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado