REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HERLINDA BAQUERO MORA promoviese contra PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con la garantía de pensión mínima, a partir del 01 de septiembre de 2016, junto con los respectivos intereses moratorios e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la negativa de la accionada de reconocer la prestación pese a que acumula 1632 semanas y acreditó el requisito de la edad.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que a la actora ya se le reconoció una pensión de vejez por garantía mínima temporal a partir de septiembre de 2016.

Finalmente señaló que, no hay lugar a mora, como quiera que la demandada radicó su solicitud pensional el 15 de junio de 2017, siendo reconocida la prestación mediante comunicación del 01 de septiembre del mismo año.

En audiencia del 18 de julio de 2019 se dispuso integrar como litisconsorte necesario a LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó las excepciones que consideró tener a su favor, y señaló que no es el llamado a reconocer la garantía de pensión mínima.

Concluyo indicando que, al 29 de octubre de 2019, Porvenir S.A no ha solicitado a nombre de su afiliada y/o demandante la garantía de pensión mínima, motivo por el que se encuentra impedida para cumplió o no los requisitos para el otorgamiento de tal beneficio.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. – CONDENAR a Porvenir S.A a reconocer y pagar a favor de la demandante los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de noviembre de 2016 y hasta septiembre de 2017, y a ABSOLVER por concepto de indexación.

SEGUNDO. - ABSOLVER a La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas y cada una de las súplicas de la demanda.

TERCERO. – DECLARAR no probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandada y carencia actual del objeto por hecho superado, el Despacho se releva el estudio de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.

En síntesis, refirió que, si bien se demostró el pago de la prestación pensional a favor de la accionante, se incurrió en mora al no reconocerse la prestación dentro de los cuatros meses.

Adujo que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia para el pago de intereses moratorios no es necesario verificar si existió buena o mala fe, pues éstos son resarcitorios y no sancionatorio; y que éstos son incompatibles con el reconocimiento de la indexación.

Finalmente indicó que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es la llamada a reconocer la prestación con garantía de pensión mínima más aún si se tiene que la condena es por concepto de intereses moratorios.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, no se ha incurrido en mora, como quiera que la demandante radicó su solicitud pensional el 15 de junio de 2017 acompañada de toda la documentación requerida, siendo ésta reconocida mediante comunicación de septiembre de 2017.

Dijo que, efectuó el pago retroactivo de la prestación a partir del 01 de septiembre de 2016.

Finalmente, señaló que para el reconocimiento prestacional era necesario la reconstrucción de la historia laboral de la accionante, quedando acreditado en el proceso que se incorporó toda la documental contentiva de las comunicaciones realizadas para efectuar el pago de la pensión; y que para efectuar el desembolso de la prestación era necesario contar con la respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues en estos casos su función es de medio y no de resultado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable imponer a la demandada intereses moratorios?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Intereses moratorios

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

Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso, encontramos que el 19 de abril de 2016 se profirió respuesta de parte de la demandada, en la que manifiesta que, se recibió una solicitud de reconstrucción de historia laboral para bono pensional, estableciéndose el 20 de junio del mismo año, que luego de efectuarse el correspondiente a Colpensiones, se señaló que ésta informó que el empleador Serviaseo S.A únicamente realizó cotizaciones a nombre de la actora en los periodos 197808, 198106 a 198209, 198301 a 198501, 198504 a 198603, 198605 a 198705, y 198707 a 199008, por lo que en caso de estar en desacuerdo con ello, se debían suministrar documentos donde se evidenciaría la continuidad del vínculo laboral (fls. 98 y 99).

Así, el 15 de julio de 2016 la accionante elevó petición requiriendo a la demandada a fin de que reconociera a su favor pensión de vejez (fls. 27 a 29), fecha en la que Porvenir S.A reiteró la respuesta dada por Colpensiones el 20 de junio del mismo año (fl.30); y el 27 de julio de 2016 la accionada comunicó a la parte actora que, el beneficio pensional se determinaba de acuerdo con las normas vigentes y teniendo en cuenta toda la historia de aportes, por lo que, para poder determinar con precisión la prestación a reconocer era indispensable que se conozca el abono de aportes por parte de las otras administradoras, pues cuando provienen del ISS o Colpensiones dan lugar a un bono pensional (fl. 31).

El 02 de agosto de 2016 Porvenir S.A informa a la actora que realizada la validación correspondiente a la solicitud de actualización y conformación de historia laboral, se consideró que la misma estaba acorde a lo informado por la actora, por lo que, era necesario que allegara la documentación enlistada en el documento adjunto (fls.100 a 102), lo que únicamente fue radicado hasta el 15 de junio de 2017 (fls.104 a 122).

Ahora, si bien no se desconoce que el actuar de la demanda tiene como fin lograr la consecución de todos los tiempos aportados por la accionante, no se puede pasar por alto que, con tal actuar se desconocieron preceptos normativos como los que contiene la Ley 1755 de 2015.

En efecto, el artículo 15 de dicha norma establece que, cuando una petición no se acompaña de los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten; y si se insiste en la radicación, se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes. Asimismo, el artículo 17 señala que, en virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un mes, por manera que si el peticionario no cumplió el requerimiento, la autoridad debe decretar el desistimiento y el archivo del expediente, motivando su decisión, y notificándola personalmente.

Por lo anterior, y en la medida que, se no encuentra en el expediente probanza alguna que dé cuenta que la demora en el pago de la prestación ocurrió como consecuencia de un retardo injustificado por parte de La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se considera que hay lugar al pago de intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condena que impuso el Juez de Primera Instancia y que se considera acorde a lo expuesto en este proveído, por manera que su sentencia se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso de Herlinda Baquero Mora en contra de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $900.000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo, identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder allegada.

II. ASUNTO A TRATAR

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la parte demandante, la sentencia proferida el 18 de junio del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el señor **MANUEL AUGUSTO ROMERO CRUZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare que el accionante tiene derecho a reconocimiento y pago del auxilio del 14% por cónyuge a cargo. En consecuencia, depreca el pago del mentado incremento desde la fecha en que fue pensionado, así como el pago de la indexación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al momento en que el demandante solicitó su pensión ante el extinto Instituto de los Seguros Sociales no acreditó los requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento del incremento pensional del 14%, razón por la cual, no existe negligencia de la entidad al dejar de cancelar dicho emolumento.

Aduce que, tales incrementos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello está sometido a las reglas de la prescripción, por lo que el accionante contaba con 3 años posteriores a la fecha de reconocimiento de la pensión para presentar la solicitud de incremento pensional y en el caso bajo estudio, atendiendo la fecha de su petición, operó el fenómeno prescriptivo.

Concluye indicando que, como quiera que el demandante adquirió su derecho pensional en el 2005, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en la sentencia SU 140 de 2019, no le es aplicable el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que la Resolución que reconoció su pensión fue con posterioridad a la entrada en vigencia de la mentada Ley 100 y por ello su derecho se encontraría prescrito.

3. Providencia apelada

El ***A quo*** dictó sentencia absolutoria:

"PRIMERO. – DECLARAR *probada la excepción de fondo denominada inexistencia de la obligación, formulada por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.*

SEGUNDO. – ABSOLVER *a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el actor señor Manuel Augusto Romero Cruz, de conformidad con lo expuesto en precedencia. (...)"*

En síntesis, indica que la norma que establece el incremento pensional por cónyuge a cargo es el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y respecto a la vigencia de estos la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 expresó que dichos incrementos fueron objeto de derogatoria a partir del 1° de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, esto es, los incrementos previstos en la norma arriba citada dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, aun para aquellas personas que se encontraban amparadas por el régimen de transición, ello sin perjuicio de los derechos adquiridos de aquellos quienes ya hubieran cumplido los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril del año 1994.

Conforme lo anterior, indica, la Corte dijo que no podía predicarse la prescripción para aquellos derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el régimen de prima media antes del 1° de abril de 1994. Así mismo, dijo la mentada Corporación que cargas como las referidas a los incrementos pensionales del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Menciona que, en virtud de las directrices trazadas por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 el despacho la acoge en su integridad, señalando que dicho pronunciamiento resulta vinculante en virtud a la tutela 109 de 2019 la que señaló que todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional aun en caso de existir pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar la jurisprudencia, pues prevalece aquella dictada por la Corte Constitucional.

De lo anterior, se colige, que el incremento deprecado en el presente asunto, fue derogado a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que para tener derecho a este beneficio el pensionado debe haber adquirido el derecho antes del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en rigor de la prementada norma, lo que en el caso bajo estudio no ocurre, dado que el accionante adquirió su derecho a la pensión de vejez desde el 26 de abril de 2004, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento del incremento pensional solicitado, en virtud de la derogatoria de dichos incrementos conforme lo expuesto en la SU 140 de 2019.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 9 de septiembre del 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 27 de octubre del año 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte demandada, quien reiteró lo expuesto en su contestación.

Se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia proferida.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Dentro del presente asunto, los incrementos pensionales fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

De encontrarse vigentes los incrementos pensionales ¿se acreditaron los requisitos para acceder a estos?

¿Operó el fenómeno de prescripción frente a los incrementos pensionales?

Incremento del 14%

En primer lugar, es menester tener en cuenta que la pensión de vejez del actor fue reconocida conforme los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según se desprende de la Resolución 000322 de 2005, obrante a folios 13 a 14 del plenario.

Sobre el tema puesto a consideración de esta Sala ha de indicarse que la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes. Ello con fundamento en que, dada la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones, hasta entonces vigente, sufre una transformación estructural, cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, pero que a pesar de tal modificación no era posible afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuviesen, bien derechos adquiridos, ora una expectativa legitima sobre unos requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión.

Con estas consideraciones, se dispuso por el alto Tribunal la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es edad, tiempo y monto, y que ante la regulación integral y exhaustiva que en materia pensional hizo esta prementada Ley 100 hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los incrementos que se pretenden en el presente diligenciamiento.

Así mismo la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece un marco de sostenibilidad fiscal, así guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo.

En ese orden de ideas, en el evento hipotético que esta Sala considerase su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

Frente al particular, expuso la pluricitada Corporación en la sentencia de unificación a la que se hizo referencia:

"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 2005."

Así las cosas, dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, se considera apropiado acogerse a los postulados de la misma y con ello, modificar el criterio que venía siendo sostenido por el Magistrado Marceliano Chávez Ávila y la suscrita, dada la nueva recomposición de la Sala y por demás, encontrarlo ajustado a principios de razonabilidad de los fines del sistema de seguridad social, en particular, de esa reforma que gestó la Ley 100 de 1993 con la expedición del régimen general de pensiones entendiéndose, en consecuencia, que los incrementos pensionales solo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994 en aplicación del acuerdo que los consagra.

Con lo anterior, el Dr. Chávez Ávila y esta Magistrada, damos cumplimiento a esa norma que aparece narrada en el artículo 7° del CGP que expone nuestro deber de, al momento de modificar un criterio, exponer con claridad cuales fueron la razones que motivaron el mismo y así se hizo.

Corolario de lo anterior, si bien el derecho pensional del actor fue reconocido bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 y sólo tuvo lugar en el año 2005, pues claro es entonces que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

VI. R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ADRIANA ROJAS MORALES promoviese contra CLÍNICA LA CAROLINA S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un despido sin justa causa, y como consecuencia su reintegro al cargo que venía desempeñando junto con el pago de salarios, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, dejados de percibir.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la terminación unilateral del contrato de trabajo que efectuó la demandada sin tener en cuenta que contaba con 55 años, por lo que, era prepensionada, así como en la falta de reconocimiento del bono de rodamiento como salario.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que a la accionante se le pagó la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

Señaló que, para el momento en que se efectuó la terminación del contrato de trabajo la accionante no ostentaba la calidad de prepensionada.

Finalmente manifestó que, el bono de rodamiento que se pagaba a favor de la actora se pagaba de forma voluntaria y de mera liberalidad, conviniéndose que no era salario; y que de ser procedentes las pretensiones se debe compensar el valor pagado por indemnización por despido injusto.

En audiencia celebrada el 13 de febrero de 2020, la parte actora desistió de las pretensiones principales, quedando fijado el litigio únicamente en lo relacionado con las subsidiarias (fls. 103 y 104).

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, el bono de rodamiento no era salario, como quiera que las partes lo pactaron así, en el otro si del contrato de trabajo, lo que es acorde con el artículo 128 del CST. Finalmente indicó que, la terminación del contrato de trabajo finalizó sin justa causa, reconociéndose la correspondiente indemnización, la que se liquidó conforme a lo que se demostró que era salario.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, si bien existe un pacto de exclusión salarial, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que lo que está dirigido a mejorar la calidad de vida del trabajador es salario, de modo que, al ser la accionante tesorera y tener funciones de contabilidad, manejo de cartera, tesorería, su movilidad estaba ligada a que el empleador le reconociera el bono de rodamiento. Agregó, que tal bono estaba dirigido a retribuir una actividad que está íntimamente relacionada con el contrato de trabajo, y que en consecuencia es salario.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de la parte actora.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿El bono de rodamiento percibido por el accionante es salario?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Bono de Rodamiento como Salario

Sea lo primera indicar que dentro del acápite de pretensiones de la demanda no se señaló claramente que fuera objeto de pretensión que se tuviera el bono de rodamiento como salario para efectos de reliquidar la indemnización por despido injusto, no obstante, y pese a tal irregularidad, de un estudio integral del libelo introductor, se logra desprender tal pedimiento.

Al respecto, recuérdese que de antaño la Sala de Casación Civil a través de sentencia del 12 de diciembre de 1936 (T. XLVII. Pag. 483) ha señalado que *"la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante"*, premisa jurídica que ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencias como la del 14 de febrero de 2005, Rad. 22923, y 22 de noviembre de 2017, SL19488-2017, ha señalado que tal expresión no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor.

De esta manera, ha establecido dicha Corporación que al encargado de administrar justicia le corresponde descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal (la demanda) y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas; que se le atribuye como misión ineludible interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen en cada litigio que se le asigne por competencia, a efecto de aplicar con acierto las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia puesta a su disposición, para una solución adecuada y justa; y que la labor del juez dispensador del derecho debe estar siempre dirigida a desentrañar no sólo el sentido, alcance o el propósito del precepto jurídico portador del ritual y el derecho, sino también el entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos que ha venido a la jurisdicción en procura de una tutela oportuna de los mismos, que en el desarrollo de la justicia social es de trascendental importancia.

Bien, esclarecido lo anterior, es menester rememorar que, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, por lo que para definirse los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes (sentencia del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras).

En igual sentido, el artículo 127 del C.S.T. establece que, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones.

Así, le correspondía al accionante acreditar que el bono de rodamiento se pagaba por concepto de contraprestación del servicio, y en esa medida que es salario. Al punto, encontramos que se allegó que mediante otro si del 19 de octubre de 2011 se estableció el reconocimiento del bono de rodamiento por valor de $80.000 semanal (fl.19), lo que también obra en el contrato de trabajo del 28 de enero de 2012 (fls. 26 a 29), y en los informes tributarios de folios 20 a 25, sin que en tales documentales se especificara la razón de su pago.

Por otra parte, compareció a rendir interrogatorio de parte el representante legal de la demandada, quien manifestó que el bono de rodamiento se pagaba de manera voluntaria y a fin de retribuir el transporte de la demandante, no por la contraprestación de los servicios prestados por la demanda en su cargo de tesorera.

De esta manera, y ante la insuficiencia probatoria para establecer que el bono de rodamiento es salario, no es dable tenerlo como salario para efectos de reliquidar la indemnización por despido sin justa causa, la que se pagó con la correspondiente liquidación final de prestaciones sociales tal y como da cuenta las documentales de folios 87 y 88. Por tanto, se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, y en consecuencia se CONFIRMARÁ su sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Adriana Rojas Morales en contra de la Clínica La Carolina S.A.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, identificada con C.C. No. 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferido.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta entidad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA PIEDAD LUCÍA DEL SOCORRO GIRALDO ARROYAVE promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó la actora del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A. Como consecuencia de ello se ordene a Protección S.A. realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes y los rendimientos efectuados por la demandante y que esta última active su afiliación en el Régimen de Prima Media y acepte el traslado.

Se erige la demanda y de forma principal, en la falta de información que no se le brindó a la demandante al momento de su traslado a Protección S.A.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Menciona que, en virtud de las pruebas allegadas al plenario se demostró que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Protección.

Adujo que, conforme el artículo 13 de Ley 100 de 1993 la selección de cualquiera de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien puede escoger el régimen de pensiones que prefiera. Adicionalmente, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, lo cual encuentra una limitación cuando a los afilados les faltare 10 años o menos de edad para acceder a la pensión, salvo aquellos que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Indica que las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Expuso que la demandante presentó solicitud de traslado al Régimen de Prima Media ante Colpensiones el 26 de noviembre de 2018, fecha para la cual, contaba con 58 años de edad, encontrándose así inmersa en la prohibición legal de traslado, resultando improcedente a esa entidad tenerla como afiliada, salvaguardando el principio de sostenibilidad financiera. Adicionalmente, al revisar la historia laboral de la accionante se evidencia que para el 1° de abril de 1994 contaba con 33 años, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición.

Concluye diciendo que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP accionada, por lo que no existió injerencia alguna por parte de esta entidad para que la demandante tomara la decisión de trasladarse.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

'PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante María Piedad Lucía del Socorro Giraldo Arroyabe del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección Pensiones y Cesantías S.A. realizado el 27 de julio del año 2000 con efectividad a partir del 01 de septiembre del mismo año para entender vinculada válidamente a la demandante en el régimen de prima media con

prestación definida administrado por COLPENSIONES conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de ya existir y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, todo conforme a la parte considerativa.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) que acepte el dinero proveniente de la demandada Protección S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la historial laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las dos demandadas. *(...)*"

En síntesis, el juzgador de primer grado subsanó la pretensión de la demanda, e indicó que en este caso no procede la nulidad sino la ineficacia del traslado efectuado por la demandante.

Adujo que, adicional a las pruebas documentales arrimadas al expediente, se recibió el interrogatorio de parte de la accionante, el cual no arroja claridad alguna, de suerte que no se logra precisar con exactitud la forma en que fue trasladada de régimen y mucho menos cual fue la información se realmente se le brindó o se le omitió, por lo que ese interrogatorio de parte no puede ser tenido como una confesión en la medida en que no llena los requisitos del numeral segundo del artículo 191 del CGP.

Menciona que, para la fecha en que ocurrió el traslado de la accionante, esto es 27 de julio del 2000, ya existía en cabeza de las administradoras de pensiones, la obligación de brindar una información completa, veraz y oportuna al afiliado al momento del traslado, durante su permanencia y con ocasión de las prestaciones a las que tiene derecho, tal y como lo establece el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Refiere, frente a la carga de la prueba, que la doctrina del precedente vertical ha precisado que en estos casos se da un traslado de la carga de la prueba a la entidad demandada, por lo que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los riesgos del traslados y los beneficios del mismo.

Narra que, si bien a folio 90 obra el formulario mediante el cual la demandante recibió una reasesoría el 20 de febrero del 2007, sin embargo, esta no tiene por virtud convalidar el error que se cometió al momento del traslado, pues este se configuró desde el mismo traslado, esto es desde el 27 de julio del 2000. Menciona que dicho tema fue tratado en la sentencia con radicado 68838 del 08 de mayo del 2009, en la cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte indicó que la Reasesoría no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información.

Rememoró que la Corporación precitada ha considerado, en múltiples sentencias, que el formulario de afiliación no tiene la virtud de legalizar o formalizar el tipo de información que se le brindó en el momento del traslado a la accionante, pues estos, podrán acreditar un consentimiento, pero no informado.

En conclusión, indica que al no encontrarse demostrado por la demandada Protección S.A. que cumplió con el deber legal de dar información veraz, completa, profunda y oportuna a la demandante, sobre las implicaciones del traslado de un régimen a otro, habrá de declararse la ineficacia del traslado efectuado por la señora Giraldo Arroyave el 27 de julio del año 2000.

En cuanto a la excepción de prescripción, adujo que la doctrina del precedente vertical ha establecido que la finalidad de la declaratoria de ineficacia del traslado es el posterior reconocimiento y pago de una pensión de vejez, por lo cual se vuelve imprescriptible.

4. Argumentos del recurrente

Colpensiones.

Adujo que, dentro del proceso se demostró que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en la decisión libre y voluntaria de la demandante de efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo cual, no debería verse perjudicada frente a las consecuencias de la suscripción de este negocio jurídico.

Menciona que el hecho que la demandante no haya cotizado al régimen de prima media durante más de 20 años, pues su traslado fue en el año 2000, generaría una descapitalización del fondo común, ya que Colpensiones no efectuó cálculo actuarial con miras a conocer en el futuro cual sería un posible monto pensional a favor de la hoy demandante, situación que generaría una descapitalización y desconocería el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Indicó que, como se dijo en la sentencia, es más favorable para la demandante permanecer afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que al efectuar su retorno al régimen de prima media tendría que seguir cotizando hasta alcanzar las 1300 semanas, además, señala que en el interrogatorio de parte por ella rendido, se pudo evidenciar que sí se le brindó una información, ya que manifestó conocer las características propias del RAIS, con lo que se concluye que se le brindó la información necesaria para efectuar su traslado.

Concluye diciendo que la demandante fue reasesorada en el año 2007, fecha para la cual se encontraba dentro del término para efectuar su traslado al régimen de prima media, pero decidió de manera libre y voluntaria seguir cotizando al RAIS porque se evidenció que le resultaba más favorable.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre del año 2020 avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y de la demandada Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en su demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30

de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 27 de julio del año 2000 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A. (fl. 59) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter

profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994. cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

---

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 59 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Torres Oliveros se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de julio de 2007) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte manifiesta que el asesor le comentó sobre alguna de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, del mismo no es posible tener por confesa a la demandante en el sentido que le fue dada la información en los términos antes mencionados.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del

acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo manifestó el juzgador de primer grado.

Ahora bien, en cuanto a la reasesoría que se le brindó a la accionante y de la cual da cuenta el formulario visible a folio 90, es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Protección S.A. de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente a los argumentos referentes a la descapitalización del fondo y la afectación al principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar que se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otro lado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo

determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

121

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Téngase por reasumido el poder por el Dr. Alejandra Miguel Castellanos López, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de enero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA JACQUELINE BELTRÁN ARISTIZABAL promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó la actora el 26 de febrero de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir y se declare válida y vigente su afiliación al Régimen de Prima Media. Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Colpensiones a recibirla como cotizante y a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado de la demandante.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda. En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

En cuanto a COLPENSIONES, la misma no allegó contestación, por lo que mediante auto del 20 de agosto de 2019 se tuvo por no contestada la demanda.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO. -** **DECLARAR** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por Martha Jacqueline Beltrán Aristizábal, a través de AFP COLPATRIA, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*

***SEGUNDO. – ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.*

***TERCERO. – DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)"*

En síntesis, menciona que en sentencia C-345 de 2017 la Corte Constitucional indicó que los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación, error, una actuación malintencionada, dolo o una presión indebida o fuerza, impacta negativamente la libertad individual, pues impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontánea, así, las manifestaciones de voluntad afectadas por un error, dolo o fuerza, son, por decirlo de aluna forma, menos libres, por ello los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento, creando una apariencia de realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico o más aún coaccionando al sujeto a someterse a una realidad contractual que no consentirá si tuviera plena libertad.

Indica que, frente a los temas de nulidad de traslado de régimen pensional han surgido varios debates jurídicos, los cuales han sido estudiados por la jurisdicción laboral. El primero de ellos es acerca de la prescripción, sobre el cual ha sido pacífica la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, radicación 56174 del 10 abril de 2019 y la SL 1688 de 2019 radicación 68838 del 8 mayo de 2019, pues, si bien en estas sentencias se aborda el tema desde el aspecto de la ineficacia, es claro que se señaló que dada su inherencia, relevancia y unión con el derecho fundamental a la seguridad social, las acciones que se dirigen a buscar la ineficacia de estos negocios jurídicos, sobre este caso, la nulidad de la afiliación no están sujetas a los términos trienales establecidos en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo o 151 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, dada esa relevancia y esa inherencia que afecta a un derecho fundamental a la luz del artículo 48 superior.

Aduce que, ese despacho se mantiene la tesis de la nulidad, toda vez que lo que se advierte aquí es un error del objeto del contrato en el cual ha estado la demandante durante 20 años, sin que las administradoras demuestren que se le suministró la información correspondiente para que no se siguiera configurando ese error en el objeto.

Anota, que en la línea jurisprudencial también se ha mencionado el aspecto de la carga de la prueba, en el sentido de indicar que son las AFPS las que pueden demostrar qué información le suministraron a los afiliados y si esta cumple con las características de ser suficiente, completa y veraz, máxime cuando el deber de información se estableció desde la expedición del Decreto 720 de 1994, esto es 5 años antes de la afiliación de la hoy demandante al fondo privado. Es así, como, conforme la jurisprudencia y el principio de la carga dinámica de la prueba, quien se encuentra en mejor posición para demostrar es el llamado a hacerlo y en este caso es la AFP la que debe probar la información que le suministró al afiliado.

Menciona que, si bien es cierto se desconoce el futuro salarial de un ciudadano para el momento de la afiliación, no es menos cierto que sí se tenía una base para informarle a la afiliada que si mantenía ese nivel de ingresos la mesada pensional cual iba a ser su proyección pensional.

Refirió que, el hecho que la accionante hubiese mencionado en su interrogatorio de parte que conoce el concepto de pensiones voluntarias, ello no es suficiente para demostrar que conocer todo el esquema y todo el negocio jurídico relativo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus modalidades de pensiones, brillando por su ausencia la información que en su momento Colpatria le brindó a la actora.

Narra que, no se discute que la demandante, al haber nacido el 28 de marzo de 1961 no es beneficiaria del régimen de transición, situación que no se argumentó para negar la pretensión y sobre la cual se ha pronunciado en sede de tutela la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como en la radicación STP 12088 del 2019, donde se dijo que todo ciudadano, independientemente de si se encuentra o no en el régimen de transición tiene derecho a recibir la misma información.

Concluye mencionando que, como lo ha dicho la OIT este sistema afecta la dignidad del ser humano en la etapa final de su vida, al momento de obtener su pensión, ya que se desconoce la congrua subsistencia, condenando a la persona a seguir laborando e impidiendo un nuevo relevo generacional.

4. Argumentos de los recurrentes

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Adujo que, en el plenario no existe una sola prueba que acredite que esa entidad no suministró la información a la demandante o en su defecto que generó o le dio información errada.

Indica que al momento de rendir el interrogatorio de parte la demandante dijo que los asesores de Colpatria (hoy Porvenir) le indicaron las ventajas del

173

régimen, que tenía una cuenta de ahorros individual que estaría relacionada con los aportes individuales que ella hiciera, que al final de su vida laboral esos aportes le serian devueltos, ya fuera en forma de pensión o en el evento en que no los consiguiera los requisitos mínimos la devolución de saldos, que en el evento de fallecer le devolverían a su familia los saldos en la sucesión, que tenía la oportunidad de pensionarse antes, adicionalmente la demandante indico que con Porvenir hizo aportes voluntarios lo cual deja claro que, contrario a lo afirmado, la demandante si conocía el RAIS, tanto es así que se trasladó de un fondo Colpatria a Porvenir y que indico fue de forma absolutamente libre y espontánea, además, al momento en que se le cuestionó acerca de alguna inconformidad con Porvenir durante los 20 años que ha estado afiliada respondió que no había tenido, en la medida que no pensaba pensionarse, siendo ello una negligencia y culpa de su parte.

Refiere que el fallo se fundamentó en la carga de prueba con base en el Decreto 720 de 1994, lo cual, a su juicio, no es argumento suficiente para que la parte demandante no tenga ninguna carga de la prueba pues, reitera, no existe una sola prueba que acredite que la accionante fue engañada o que no se le brindo la información suficiente, cuando ella misma confesó conocer el sistema de ahorro individual.

Considera, que la demandante confesó que se afilió en forma libre y espontánea a Porvenir S.A. y que fue ella a modo propio la que solicitó dicha afiliación porque conocía el sistema y porque dijo que le habían comentado que el fondo era bueno.

Aduce que, el juez de primer grado incurrió en error al analizar una sentencia de tutela de la Sala Penal de la Corte porque esta no debería ser la llamada a resolver estos asuntos, además porque la solicitud de vinculación es un documento público que se presume auténtico en los términos del art. 243 y 244 CGP, por ello para desvirtuarse esa presunción legal debe desacreditarse por la parte interesada lo cual no existió prueba alguna al respecto.

Indica que el RAIS fue creado por la Ley 100 de 1993, la cual es una ley estatutaria que tiene un control previo de constitucionalidad, el cual encontró que se ajustaba a los preceptos constitucionales y en este caso se está condenando a la entidad por administrar un régimen creado por la Ley y autorizado por la Corte Constitucional, el cual es de orden público, donde no hay autonomía privada.

En lo que respecta a la declaración de nulidad, aduce que esta no puede declararse ni absoluta ni relativa, en tanto no se cumplan con los requisitos de las mismas y en este caso se dijo que existía un error, el cual es ratificable y en el presente caso ello aconteció en forma expresa pues demandante se trasladó a Porvenir desde otro fondo de ahorro individual dentro del régimen y en todo caso en forma tácita porque continúo haciendo los aportes.

Finalmente, expresa que no se entiende porque se le da el carácter de imprescriptible, ya que se está hablando de un acto o negocio jurídico que responde a la voluntad de la autonomía privada.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 14 de agosto de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

174

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 26 de febrero de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.) (fl. 5) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir

125

el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 5 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de febrero de 1999 con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Beltrán Aristizábal se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de febrero de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

Al respecto, es menester indicar que la obligación de brindar información no se refiere únicamente a que al posible afiliado se le expliquen o mencionen las ventajas o características del RAIS, tal y como lo indicó el apelante en su recurso, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte mencionó que la asesora de Colpatria le había hecho mención a algunas de las características del régimen, ello no resulta suficiente para cumplir con el deber de información que dicha AFP tenía, pues no hay prueba alguna que demuestre que a la señora Martha le fueron explicadas las diferencias entre uno y otro régimen, las posibles desventajas del traslado, sus riesgos o consecuencias o las condiciones para adquirir la prestación en uno y otro régimen.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la

177

institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta ser declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y no su nulidad, por lo que la sentencia de primer grado se modificará en tal sentido.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por el apelante frente a la ratificación de la accionante, desde la ya mencionada sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

En cuanto al argumento presentado por el apelante en el que se refiere a que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue creado por la Ley 100 de 1993 y cuyo control de constitucionalidad fue debidamente aprobado, es de indicar que, si bien ello es totalmente cierto, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues lo que se echa de menos en el traslado de la actora es la información que debió habérsele brindado al momento del traslado de régimen, sin que se cuestione la existencia del RAIS o su constitucionalidad.

De otro lado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia de primer grado, para declarar la INEFICACIA del traslado del demandante del RPM al RAIS y no la nulidad como allí se dispuso.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la providencia apelada y consultada promovida por la señora Martha Jacqueline Beltrán Aristizabal en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar dicho numeral quedará así:

***"PRIMERO. - DECLARAR** la INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por Martha Jacqueline Beltrán Aristizábal, a través de AFP COLPATRIA, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A."*

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo del apelante Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $ 450.000= a cargo de la demandada Porvenir S.A.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HÉCTOR CASTILLO ESTUPIÑÁN y JORGE RIVERO promoviese contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la indexación de las pensiones plenas de jubilación reconocidas a los demandantes. Como consecuencia de lo anterior, el pago de las diferencias que resulten, sin perjuicio de los reajustes pensionales anuales de ley.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de actualización de la mesada pensional entre el finiquito de la relación laboral y el pago de la prestación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que se reconocieron las pensiones a partir de la fecha de retiro de cada uno de los

demandantes, aplicándose los correspondientes reajustes anuales hasta la fecha que cumplieron los 50 años.

Refiere que, no hay lugar a indexación cuando no transcurre un periodo de tiempo entre la fecha de la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión de jubilación, ya que, no hay incidencia de la inflación en el poder adquisitivo del dinero.

Concluye señalando que, en caso de prosperar las pretensiones, los valores a reconocer se encontrarían afectados por el fenómeno de la prescripción.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que los demandantes tienen derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la pensión plena de jubilación reconocida por la demandada.

SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a los demandantes:

A Héctor Castillo Estupiñán la suma de $23'707.983,82 por concepto de retroactivo pensional por las diferencias generadas entre la pensión reconocida por la demandada y la mesada indexada que se ordena en esta sentencia correspondiente desde el 22 de diciembre de 2013 y el 28 de febrero de 2020.

A Jorge Rivero la suma de $1'955.289,52 por concepto de retroactivo pensional por las diferencias generadas entre la pensión reconocida por la demandada y la mesada indexada que se ordena en esta sentencia correspondiente desde el 22 de diciembre de 2013 y el 28 de febrero de 2020.

TERCERO. – CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la pensión plena de jubilación, Héctor Castillo Estupiñán en cuantía de $2'369.360, a partir del 01 de marzo de 2020; y al demandante, Jorge Rivero, la pensión plena de jubilación, en cuantía de $1'481.233,02, igualmente la indexación debe ser reconocida y pagadas hasta inclusión de nómina de pensionados de cada uno de los demandantes.

CUARTO. – ABSOLVER a la demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO. – DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción y no probada las demás.

ACLARÓ que la primera mesada pensional indexada de Héctor Castillo Estupiñán es de **$277.106,48**

En síntesis, refirió que según criterio de la Corte Suprema de Justicia que a su vez se fundamenta en el de la Corte Constitucional, se deben indexar todas y cada una de las pensiones legales o convencionales, siendo un derecho universal y por ende aplicables a todos los trabajadores que se pensionaron antes o después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

Indica que, revisada la liquidación, a los demandantes no se les efectuó en debida forma, por lo que, debe pagarse la correspondiente diferencia.

Concluye expresando que, operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que, se reclamó el 22 de diciembre de 2016, por lo que, están prescritas las diferencias anteriores al mismo día y mes de 2013.

4. Argumentos del Recurrente

Expresa que, se debe modificar la condena frente a Jorge Rivero, como quiera que, la retroactividad a 2020 es mayor al valor reconocido, pues si bien se le reconoció un último salario de $145.535,24 y su pensión plena fue de $225.355,44, la primera mesada pensional indexada a partir del 15 de abril de 1995 asciende a $260.366,15, por lo que al trasladar este valor año por año, con los correspondientes reajustes el retroactivo sería mayor a la establecida por el *A quo*.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de mayo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional de los demandantes?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Indexación de la Primera Mesada Pensional

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

Aclarado lo anterior, tenemos que mediante la Resolución 1336 de 1993 que modificó la Resolución 2294 de 1991, el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció pensión plena de jubilación a Héctor Castillo Estupiñán, por un valor de $275.185,01 a partir del 13 de julio de 1993 (fls. 12 a 15), no obstante, al tenerse como fecha de terminación el 31 mayo de 1991, ciertamente es necesario evaluar si hay lugar a su indexación (fls. 16 a 19).

En igual sentido, tenemos que mediante la Resolución 2160 de 1995 que modificó la Resolución 1773 de 1991, el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció vitalicia de jubilación a Jorge Rivero, por un valor de $225.355,44, a partir del 15 de abril de 1995 (fls. 22 a 27), no obstante, al tenerse como fecha de terminación el 15 mayo de 1991, ciertamente es necesario evaluar si hay lugar a su indexación (fls. 24 y 25).

En ese orden ideas, se recuerda que para calcular la indexación la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en variada jurisprudencia, como en la del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, ha adoptado la siguiente formula: VA = VH x IPC Final /IPC Inicial; donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Ingreso base de

cotización; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Ahora, y previo a efectuar tal ejercicio es necesario aclarar que Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para liquidar la pensión tomó como último salario de Héctor Castillo Estupiñán la suma de $232.815,11 (fl.19), y para el señor Jorge Rivero, $145.535,24 (fl.24). Del mismo modo, y dado que, las reclamaciones de ambos demandantes se elevaron el 22 de diciembre de 2016 (fls. 10, 11, 20, y 21), tenemos que el fenómeno prescriptivo operó sobre las mesadas anteriores al mismo día y mes de 2013, conforme al término trienal establecido por los artículos 488 y 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S, de modo que, teniendo en cuenta ello, se realizará la correspondiente liquidación.

Efectuadas las correspondientes operaciones se tiene que al señor Héctor Castillo Estupiñán, se le adeuda la suma de **$1.417.672,08** y a Jorge Rivero, **$17'185.709,22,** valores que se encuentran indexados a 2020, tal y como lo hiciere el *A quo*. Así, y dado que la suma que se debe pagar a favor del primero es inferior a la impuesta por el Juez de Primera Instancia (**$23'707.983,82**) se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia, en virtud del grado de jurisdiccional de consulta. Igualmente, y como quiera que, el valor a pagar a favor del señor Jorge Rivero es superior al que impuso el Juzgador de primer grado (**$1'955.289,52**), como consecuencia del recurso impetrado por la parte actora, de igual manera se cambiará el numeral citado. Lo anterior, según los cuadros que se transcriben a continuación:

Héctor Castillo Estupiñán

SALARIO		$ 232.815,11
TASA DE REEMPLAZO	75%	$ 174.611,33

Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEX	1º MESADA
$ 174.611,33	10,96	17,40	1,59	$ 277.107,09

					MESADA					
AÑO	REAJUSTE	VALOR MESADA	VALOR MESADA FPNC	MESADAS	DIFERENCIAS	TOTAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEX	TOTAL INDEX
1993	22,60%	$ 277.107,09	$ 275.185,01							
1994	22,59%	$ 339.733,29	$ 337.376,82							
1995	19,46%	$ 416.479,04	$ 413.590,25							
1996	21,03%	$ 497.345,86	$ 494.074,91							
1997	17,68%	$ 605.140,71	$ 600.949,31							
1998	16,70%	$ 712.129,59	$ 707.190,09							
1999	9,23%	$ 831.055,23	$ 825.290,83							
2000	8,75%	$ 907.761,62	$ 901.465,18							
2001	7,65%	$ 987.190,77	$ 980.343,38							
2002	6,99%	$ 1.062.710,66	$ 1.055.339,65							
2003	6,49%	$ 1.136.994,35	$ 1.129.107,89							
2004	5,50%	$ 1.210.785,28	$ 1.202.386,99							
2005	4,85%	$ 1.277.378,47	$ 1.268.518,28							
2006	4,48%	$ 1.339.331,33	$ 1.330.041,41							
2007	5,69%	$ 1.399.333,37	$ 1.389.627,27							
2008	7,67%	$ 1.478.955,44	$ 1.468.697,06							
2009	2,00%	$ 1.592.391,32	$ 1.581.246,12							
2010	3,17%	$ 1.624.239,15	$ 1.612.977,05							
2011	3,73%	$ 1.675.727,53	$ 1.664.104,29							
2012	2,44%	$ 1.738.232,17	$ 1.726.176,38							
2013	1,94%	$ 1.780.645,03	$ 1.768.294,06	0,30	$ 12.350,97	$ 3.705,29	78,05	103,80	1,33	$ 4.927,73
2014	3,66%	$ 1.815.189,55	$ 1.802.598,97	14	$ 12.590,58	$ 176.268,11	79,56	103,80	1,30	$ 229.972,73
2015	6,77%	$ 1.881.625,48	$ 1.868.574,09	14	$ 13.051,39	$ 182.719,53	82,47	103,80	1,26	$ 229.978,01
2016	5,75%	$ 2.008.994,39	$ 1.995.059,53	14	$ 13.934,86	$ 195.087,97	88,05	103,80	1,18	$ 229.984,46
2017	4,09%	$ 2.124.459,49	$ 2.109.723,74	14	$ 14.735,75	$ 206.300,48	93,11	103,80	1,11	$ 229.985,92
2018	3,18%	$ 2.211.349,68	$ 2.196.011,44	14	$ 15.338,44	$ 214.738,17	96,92	103,80	1,07	$ 229.981,65
2019	3,80%	$ 2.281.670,81	$ 2.265.844,61	14	$ 15.826,20	$ 221.566,84	100,00	103,80	1,04	$ 229.986,38
2020		$ 2.368.374,30	$ 2.351.946,70	2	$ 16.427,60	$ 32.855,20	103,80	103,80	1,00	$ 32.855,20
TOTAL										$ 1.417.672,08

PRESCRIPCIÓN

Jorge Rivero

SALARIO		$ 145.535,24
TASA DE REEMPLAZO	75%	$ 109.151,43

Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEX	1ª MESADA
$ 109.151,43	10,96	26,15	2,39	$ 260.374,83

				MESADA						
AÑO	REAJUSTE	VALOR MESADA	VALOR MESADA FFNC	MESADAS	DIFERENCIAS	TOTAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEX	TOTAL INDEX
1995	19,46%	$ 260.374,83	$ 226.355,44							
1996	21,63%	$ 311.043,77	$ 269.209,61							
1997	17,68%	$ 378.322,54	$ 327.439,65							
1998	16,70%	$ 445.209,96	$ 385.332,98							
1999	9,23%	$ 519.560,03	$ 449.681,25							
2000	8,75%	$ 567.515,42	$ 491.186,83							
2001	7,65%	$ 617.173,02	$ 534.165,68							
2002	6,99%	$ 664.386,75	$ 575.029,35			PRESCRIPCIÓN				
2003	6,49%	$ 710.827,39	$ 615.223,90							
2004	5,50%	$ 756.960,08	$ 655.151,93							
2005	4,85%	$ 798.592,89	$ 691.185,29							
2006	4,48%	$ 837.324,64	$ 724.707,78							
2007	5,69%	$ 874.836,79	$ 757.174,68							
2008	7,67%	$ 924.615,00	$ 800.257,92							
2009	2,00%	$ 995.532,92	$ 861.637,71							
2010	3,17%	$ 1.015.443,63	$ 878.870,46							
2011	3,73%	$ 1.047.633,19	$ 906.730,66							
2012	2,44%	$ 1.086.709,91	$ 940.551,71							
2013	1,94%	$ 1.113.225,63	$ 963.501,17	0,30	$ 149.724,46	$ 44.917,34	78,05	103,80	1,33	$ 59.736,32
2014	3,66%	$ 1.134.822,21	$ 982.193,09	14	$ 152.629,12	$ 2.136.807,65	79,56	103,80	1,30	$ 2.787.841,05
2015	6,77%	$ 1.176.356,70	$ 1.018.141,36	14	$ 158.215,34	$ 2.215.014,81	82,47	103,80	1,26	$ 2.787.905,14
2016	5,75%	$ 1.255.985,34	$ 1.087.060,25	14	$ 168.925,08	$ 2.364.951,13	88,05	103,80	1,18	$ 2.787.983,28
2017	4,09%	$ 1.328.171,94	$ 1.149.538,04	14	$ 178.633,89	$ 2.500.874,52	93,11	103,80	1,11	$ 2.788.001,03
2018	3,18%	$ 1.382.494,17	$ 1.196.554,15	14	$ 185.940,02	$ 2.603.160,29	96,92	103,80	1,07	$ 2.787.949,22
2019	3,80%	$ 1.426.457,48	$ 1.234.604,57	14	$ 191.852,91	$ 2.685.940,79	100,00	103,80	1,04	$ 2.788.006,54
2020		$ 1.480.662,87	$ 1.281.519,54	2	$ 199.143,32	$ 398.286,65	103,80	103,80	1,00	$ 398.286,65
TOTAL										$ 17.185.709,22

Así mismo, y dado que las mesadas a 2020 de ambos demandantes ($2'368.374,30 y 1'480.662,87) es ligeramente inferior a la expuesta por el sentenciador de primera instancia ($2'369.360, y 1'481.233,02), también se MODIFICARÁ el numeral tercero a fin de establecer los valores correctos. Finalmente, y en cuanto a la indexación de los valores objeto de condena, ya que los mismos, se encuentran sujetos a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, se considera acertada su condena, por lo que se confirmarán.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que, a Héctor Castillo Estupiñán y a Jorge Rivero se les debe reconocer y pagar las sumas de **$1.417.672,08 y $17'185.709,22,** respectivamente, por concepto de retroactivo pensional generado por las diferencias entre la pensión reconocida entre la demandada y la mesada indexada que se reconoce en esta sentencia, y que versa sobre el periodo del 22 de diciembre de 2013 al 28 de febrero de 2020.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia en el sentido de establecer que la mesada de la pensión plena de jubilación que se debe pagar a favor de Héctor Castillo Estupiñán y Jorge Rivero a partir del 01 de marzo de 2020, equivale a **$2'368.374,30** y **1'480.662,87,** respectivamente.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que FERNANDO GUIO ACOSTA promoviese contra PEDRO RUÍZ DÍAZ.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 15 de enero de 2015 al 27 de enero de 2016, con Pedro Ruíz Díaz como propietario del establecimiento comercial El Rey del Pollo. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no afiliación al sistema general de seguridad social, el doble del subsidio familiar, e indemnización por no suministro de calzado y vestido.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los servicios que prestó el accionante de manera personal y subordinada, a favor del demandado en el cargo de oficios varios.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, principalmente, expuso que el demandante no prestó sus servicios en 2015, por el contrario su relación laboral fue del 01 de enero de 2016 al 27 de enero de 2017.

Señaló que, el horario de trabajo era variable sin que en ningún momento se sobrepasase las diez horas diarias.

Indicó que, fue el actor quien de manera unilateral terminó la relación laboral.

Finalmente manifestó que, pagó las acreencias laborales que estuvieron a su cargo, tales como, prestaciones sociales, vacaciones, y seguridad social. Además, suministró las correspondientes dotaciones.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, no se acreditó con el acervo probatorio recolectado la prestación del servicio de la accionante a favor del accionando durante los extremos temporales que se establecen en la demanda.

Adujo que, de la prueba documental arrimada es posible establecer que el actor laboró, empero en el periodo 2016-2017, más no, en tiempo anterior.

Finalmente expresó, que del interrogatorio de parte no se logró confesión; y el testimonio recolectado, además de dejar entrever que la testigo se trataba de la madre de los hijos del accionante, es contradictorio en cuanto a las ocasiones que había ido a las instalaciones del establecimiento de comercio de propiedad del actor, y la fecha de afiliación del accionante a seguridad social.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, existe una ligerísima apreciación probatoria, pues no está acreditado en el plenario que el accionante fue afiliado a un fondo de cesantías, lo que tiene una consecuencia que el Despacho ha absuelto.

Dijo que, no está de acuerdo frente a la tacha de la testigo, ya que, más que ella a nadie le constan las cuestiones laborales, por demás que, el demandado fue completamente renuente en su interrogatorio, y sus manifestaciones fueron totalmente tenidas a su favor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se encuentra acreditada una relación laboral entre las partes del 15 de enero de 2015 al 27 de enero de 2016?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Apreciación Probatoria y Contrato de Trabajo

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre otras.

En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sentencias del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada el 04 de noviembre de 2015, Rad. 43377, por mencionar algunas, ha expuesto que le corresponde a la parte actora acreditar los extremos temporales de la relación laboral, de modo que, se procede a verificar el cumplimiento de los supuestos narrados.

Al respecto, encuentra la Sala que a folios 11, 12, y 51 a 68, obra requerimiento único de pago, formulario de afiliación a salud donde se establece como fecha de ingreso 25 de enero de 2016, formulario de afiliación a caja de compensación familiar radicado en marzo de 2016, liquidación de prestaciones sociales entre el 01 de enero de 2016 y el 27 de enero de 2017, y los pagos de aportes a seguridad social integral entre enero de 2016 y febrero de 2017; documentos que dan cuenta de una prestación del servicio del accionante a favor del demandado, empero en extremos distintos a los señalados en la demanda, en la que se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo entre el 15 de enero de 2015 y el 27 de enero de 2016.

Aunado a lo anterior, a folio 14 se allegó carta del demandando autorizando al demandante a sacar una copia de la escritura pública, no obstante, el documento está en copia y la fecha de enero de 2016 en esfero, escenario que le resta credibilidad frente a su contenido.

Así mismo, encontramos que a juicio compareció a rendir interrogatorio de parte, el demandado, de quien no se logra extraer confesión, como quiera que, su dicho estuvo encaminado a establecer que quien realizaba las contrataciones del establecimiento de comercio de su propiedad, El Rey del Pollo, era su administrador, y que, en todo caso, al actor se le pagó la totalidad de las acreencias laborales durante el tiempo que perduró la relación laboral.

Por otra parte, rindió testimonio la señora María Rita Camargo Pulido, testigo que se analiza de forma más rigurosa, en virtud de lo establecido en el artículo 61 del CPT y de la SS, esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, como quiera que manifestó que el accionante era el padre de sus hijos y que sostuvo una relación sentimental con él durante 16 años.

Con la anterior advertencia, encontramos que la declaración rendida por María Rita Camargo Pulido, a juicio de la Sala, no ofrece suficiente credibilidad, en la medida que, en ella se incurrió en sendas contradicciones, tal y como fue advertido por la Juez de Primera Instancia. Lo dicho, por cuanto en un primer momento manifestó que nunca había asistido al establecimiento de comercio el Rey del Pollo, empero con posterioridad dijo que acudió en tres oportunidades, donde vio al actor, sazonar, hacer limpieza de parqueaderos, organizar y despachar carros; y que el accionante fue afiliado a seguridad social, en virtud de una enfermedad renal que padeció en enero de 2017, sin embargo, como quedó visto al estudiar la prueba documental, el accionante fue afiliado el 25 de enero de 2016.

Aunado a lo anterior, la testigo no da cuenta directa de la forma como el accionante ejecutaba su servicio, ya que, su presencia en el establecimiento de comercio El Rey del Pollo fue sumamente esporádica, por demás, que al momento que fue interrogada acerca de las fechas en que asistió, expuso que no recordaba fechas precisas con lo que tampoco se puede establecer con certeza sí cuando presenció las labores del actor, fue en el periodo que se pretende en la demanda, esto es, entre el 15 de enero de 2015 y el 27 de enero de 2016.

Así las cosas, y dado que no existe prueba contundente que dé cuenta que la accionante prestó sus servicios entre el 15 de enero de 2015 y el 27 de enero de 2016, se considera que le asiste razón a la Juez de Primera Instancia, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Fernando Guio Acosta en contra de Pedro Ruíz Díaz.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J CORREA STEER**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO A TRATAR

Se estudia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 09 de marzo del 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el señor **JOSÉ OMAR VILLAVECES CIFUENTES** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se reconozca y paguen los incrementos pensionales contemplados en los artículos 21 literal b) y 22 del Decreto 758 de 1990 a partir del momento en que se generó la pensión.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al demandante no le asiste el derecho al incremento del 14% por cónyuge a cargo, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos establecidos por el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia, ya que dicha ley no contempla esas prestaciones, ni mucho menos las incluyó dentro de aquellas que conservan vigencia con posterioridad a la entrada en vigor de esta.

Adujo que los incrementos pretendidos fueron derogados tácitamente, conforme la orden contenida en el artículo 289 de la precitada ley 100, pues los mismos eran contrarios a la nueva norma.

Concluye señalando que, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, se establecieron como factores determinantes para acceder a las bondades del régimen, la edad, el tiempo de servicio y el número de semanas cotizadas, establecidos en el régimen anterior, lo que indica "a priori" que los incrementos no forman parte de los factores a considerar para el reconocimiento de la pensión dentro de este régimen.

3. **Providencia apelada**

La ***A quo*** dictó sentencia absolutoria:

"PRIMERO. – ABSOLVER *a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante José Omar Villaveces Cifuentes, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas. (...)"*

En síntesis, indica que no es objeto de controversia la calidad de pensionado del accionante, lo cual se constata con la Resolución 057916 de 2007 visible a folio 7 del plenario, mediante la cual Colpensiones le reconoce pensión bajo los lineamientos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como quiera que el demandante es beneficiario del régimen de transición.

Aduce, que la norma en mención consagra en su artículo 21 el incremento por cónyuge a cargo, el cual, conserva plena vigencia como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993 y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes regule su situación pensional por derecho propio o por transición como fundamento en el pluricitado Acuerdo 049, tal y como ha sido señalado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, criterio que ha sido expuesto en múltiples pronunciamientos, entre ellos las sentencias con radicación 21517 de 2005, 29751 de 2007 y 32381 de 2009 y que constituyen una línea jurisprudencial y por ello se acoge a dicha jurisprudencia, la cual constituye doctrina probable.

Precisa que para acceder al beneficio del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, se debe acreditar la calidad de cónyuge, compañera o compañero permanente y la dependencia económica del, además de demostrar que no es beneficiaria de pensión alguna.

Indica que, en el presente asunto no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos para acceder a las pretensiones de la demanda, pues, si bien la calidad de cónyuge se encuentra demostrada, no ocurre lo mismo con los demás requisitos ya que no se logra demostrar la convivencia, ni tampoco que la señora María Beatriz Ariza no fuera beneficiaria de pensión alguna.

Concluye mencionando que, si en gracia de discusión se tuvieran en cuenta todas las manifestaciones hechas por la señora Ariza en su testimonio como prueba contundente respecto de la convivencia y de su dependencia económica, ello tampoco tendría incidencia en la decisión absolutoria como quiera que la demandada propuso como mecanismo de defensa la excepción de prescripción y por ello debe señalarse que, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en los términos de los art 488 CST y 151 CPTSS no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal y como lo ha definido la H. Corte suprema de Justicia el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término trienal.

Bajo esa premisa, refiere, el reconocimiento pensional se realizó con la resolución 057916 del 2007 presentando el actor reclamación administrativa el 24 de marzo de 2015, es decir, entre la fecha de exigibilidad del derecho y la data de su reclamación se superó el termino trienal previsto para la operatividad de la prescripción y en tal medida el derecho a los incrementos se extinguió.

4. Argumentos del recurrente

La parte demandante presenta recurso de apelación, en el cual expone que, fue demostrado que la señora María Beatriz Ariza depende económicamente del accionante, hecho que no solo se acredita con la partida del matrimonio celebrado entre la señora Ariza y el señor Villaveces Cifuentes, el cual data del año 1976.

Manifiesta que, si bien es cierto, el hecho de que las personas en mención se encuentren casadas no significa que compartan y que estén viviendo, en virtud de los artículos 1757 del Código Civil y el 167 del Código General del Proceso, al demandante le bastaba probar, con el único documento oficial, la calidad de cónyuges, lo cual se hizo con la partida eclesiástica allegada, pues a la fecha dicha situación se mantiene vigente, tal y como el despacho lo corroboró con el testimonio que se le recibió a la señora Ariza.

Aduce que, si la demandada consideraba que el accionante no cumplía con los requisitos, tenía la carga probatoria respecto de dichas afirmaciones.

En lo que tiene que ver con la prescripción, advierte que, si bien la pensión fue adquirida por el demandante a través de Resolución del año 2007, la normativa por la cual se está reclamando el incremento del 14% señala que este debe reclamarse una vez la señora Ariza adquiera la edad para hacer dicha reclamación, situación que es independiente del momento en el cual se hace el reconocimiento de la pensión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 9 de septiembre del 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 27 de octubre del año 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte demandante, quien reiteró lo expuesto en su demanda y recurso.

Se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66A Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello, se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el mismo.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Dentro del presente asunto, los incrementos pensionales fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

De encontrarse vigentes los incrementos pensionales ¿se acreditaron los requisitos para acceder a estos?

¿Operó el fenómeno de prescripción frente a los incrementos pensionales?

Incremento del 14%

En primer lugar, es menester tener en cuenta que la pensión de vejez del actor fue reconocida conforme los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según se desprende de la Resolución 057916 del 28 de noviembre de 2007, obrante a folio 7 del plenario.

Sobre el tema puesto a consideración de esta Sala ha de indicarse que la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes. Ello con fundamento en que, dada la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones, hasta entonces vigente, sufre una transformación estructural, cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, pero que a pesar de tal modificación no era posible afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuviesen, bien derechos adquiridos, ora una expectativa legitima sobre unos requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión.

Con estas consideraciones, se dispuso por el alto Tribunal la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es edad, tiempo y

monto, y que ante la regulación integral y exhaustiva que en materia pensional hizo esta prementada Ley 100 hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los incrementos que se pretenden en el presente diligenciamiento.

Así mismo la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece un marco de sostenibilidad fiscal, así guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo.

En ese orden de ideas, en el evento hipotético que esta Sala considerase su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

Frente al particular, expuso la pluricitada Corporación en la sentencia de unificación a la que se hizo referencia:

"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 2005."

Así las cosas, dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, se considera apropiado acogerse a los postulados de la misma y con ello, modificar el criterio que venía siendo sostenido por el Magistrado Marceliano Chávez Ávila y la suscrita, dada la nueva recomposición de la Sala y por demás, encontrarlo ajustado a principios de razonabilidad de los fines del sistema de seguridad social, en particular, de esa reforma que gestó la Ley 100 de 1993 con la expedición del régimen general de pensiones entendiéndose, en consecuencia, que los incrementos pensionales solo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994 en aplicación del acuerdo que los consagra.

Con lo anterior, el Dr. Chávez Ávila y esta Magistrada, damos cumplimiento a esa norma que aparece narrada en el artículo 7° del CGP que expone nuestro deber de, al momento de modificar un criterio, exponer con claridad cuales fueron la razones que motivaron el mismo y así se hizo.

Corolario de lo anterior, si bien el derecho pensional del actor fue reconocido bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 y sólo tuvo lugar en el año 2007, pues claro es entonces que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

VI. R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00544 -01
Demandante: ORLANDO VILLAMIZAR MÉNDEZ
Demandado: FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ORLANDO VILLAMIZAR MÉNDEZ promoviese contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el pago de los reajustes previstos en la Ley 6 y el Decreto 2108 de 1992. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de diferencias sobre las mesadas ordinarias y adicionales, e indexación.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la falta de reajuste de la pensión de invalidez que le fuera reconocida mediante Resolución 0975 de 1977.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que se al demandante se le han aplicado los reajustes a que tiene derecho conforme a la ley, por demás que su prestación se pagó incluyendo la totalidad de factores salariales.

Concluye señalando que, en caso de prosperar las pretensiones, los valores a reconocer se encontrarían afectados por el fenómeno de la prescripción.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que a partir de la sentencia C-531 de 1995 la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 que establecía el

reajuste de pensiones del sector público; providencia que en todo caso sólo tenía efectos hacia futuro.

Indicó que, además que está acreditado que al accionante le fueron realizado los correspondientes reajustes anuales, le fue reconocida una pensión de carácter convencional, la que no está cobijada por la Ley 6 de 1992.

Concluye expresando que, el demandante no es pensionado del sector público nacional, ya que prestó sus servicios en el sector público distrital.

4. Argumentos de la Recurrente

Expresó que, el actor cumple los requisitos para ser beneficiario de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 6 de 1992, ya que, se encuentra gozando de una pensión causada antes de 1989, la prestación es del orden nacional y fue reconocida por el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y los reajustes realizados fueron mucho más bajos que lo que establece la citada normatividad, inclusive por debajo del porcentaje del salario mínimo, perdiendo su valor adquisitivo.

Indicó que, la declaratoria de inexequibilidad de la Corte Constitucional produjo efectos hacia el futuro, por lo que, causado durante la vigencia del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, constituyen derechos adquiridos, y pueden reclamarse en cualquier tiempo, no siendo objeto de prescripción.

Expuso que, con lo anterior se está vulnerando la Constitución en el sentido que se está privando al actor de que su pensión mantenga su poder adquisitivo, así como los tratados internacionales que ingresen por bloque de constitucionalidad.

Concluye señalando que, el beneficio de los reajustes se ha reconocido con independencia de la modalidad de pensión, tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional; precedente que es de obligatorio cumplimiento

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reajustar la mesada pensional del demandante conforme a la Ley 6 de 1992 y su decreto reglamentario?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Reajuste Ley 6 de 1992

Al punto, cabe precisar que con la expedición del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, se buscó compensar las diferencias existentes entre las pensiones de jubilación oficiales del orden nacional y los aumentos de salarios producidos en el país. En efecto, la Ley 4 de 1976 había consagrado un sistema de reajuste de pensiones, en principio equivalente a la mitad de la diferencia cuantitativa entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal, más la mitad de porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo determinado con arreglo a la Ley; sistema con el que las pensiones perdían su capacidad adquisitiva al no moverse al ritmo de los incrementos en el costo de vida ni de los salarios porque en términos porcentuales los reajustes eran inferiores al aumento en el índice de precios al consumidor y a los porcentajes generales de aumentos de las remuneraciones de los trabajadores.

Ahora bien, para corregir tal escenario, en 1988 el legislador tomar otro patrón de las revalorizaciones pensionales, lo que quedó plasmado en la exposición de motivos de la que posteriormente sería la Ley 71 de dicho año, donde se muestra que se prohijó como referente el incremento en el salario mínimo legal mensual.

Es por ello, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto en sentencias como las del 22 de agosto de 2002, Rad. 18758, 01 de noviembre de 2011, Rad. 36640, así como en las sentencias SL15775-2014, SL3282-2020, SL3784-2020, y SL4348-2020, que dentro de ese ámbito es que debe entenderse el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, pues con éste lo que se pretendió fue "compensar" de alguna manera el rezago sufrido por las pensiones de jubilación del sector público nacional con anterioridad al año de 1989 en relación con "los aumentos de salarios" decretados por el Gobierno para dicho sector. Por tanto, con base en la última disposición citada se ordenó un reajuste general automático de las pensiones de jubilación a que se refiere la Ley 6, para aminorar el desfase surgido con ocasión del régimen previsto en la Ley 4 de 1976.

De igual manera, la H. Corte Constitucional mediante la sentencia C-531 de 1995 declaró la inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, estableciendo que, dicha declaratoria sólo tendría efectos hacia el futuro y que se haría efectiva a partir de la notificación fallo, lo que significaba que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones no podían dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexequible y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente

realizados al momento de notificarse la sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.

Así las cosas, pese a la inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, ésta siguió cobijando situaciones anteriores a ésta, siempre y cuando la pensión fuera causada con anterioridad a 1989 y se tratara de una pensión del sector público nacional. Frente a este último aspecto la sentencia del 11 de diciembre de 2003, rad. 22107, reiterada, entre otras, en las sentencias SL15775-2014, SL1361-2015 y SL382-2020, establece:

" (...) Vistas las normas censuradas, y en especial las expresiones resaltadas en las anteriores transcripciones, es menester anotar que existe total claridad respecto a las pensiones susceptibles de los reajustes allí previstos, esto es, ***las del orden nacional, sin que puedan, en consecuencia, hacerse extensivos tales incrementos a otros niveles territoriales*** *puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador; y siendo claro el tenor de ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerle producir efectos en ámbitos diferentes".*

"(...) De todos modos, no está por demás señalar que de concluirse acerca de la aplicabilidad de tales preceptos, ellos únicamente lo serían respecto de pensiones del orden Nacional, pues así está dispuesto en sus textos, de tal manera que habría que descartar su extensión a los pensionados del ámbito Departamental y Municipal, como es el caso de los demandantes, ello sin perder de vista que tales normas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia CC C-531 de la Corte Constitucional, que desde luego no permite entonces su legal aplicación".

Así mismo, es menester destacar, que la máxima corporación de la Jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en providencia del 13 de octubre de 2004, Rad. 23253, explicó que respecto de la sentencia dictada el 11 de diciembre de 1997 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se decidió inaplicar en un caso particular la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, que no estaba obligada a la misma, puesto que, sólo eran de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva las sentencias de inexequibilidad 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 conforme lo consagra el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Ahora, y en el caso específico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dicha entidad fue creada mediante el Decreto 3129 de 1954, con el objeto de administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial y a cuyo cargo estará su organización, administración, desarrollo y mejoramiento. Igualmente, entre sus funciones tenía la de construir mejoras sobre las líneas existentes, así como fábricas, talleres, muelles, puentes, almacenes, estaciones férreas, etc, que fueran útiles para la empresa, y la construcción por sí misma o por delegación, de nuevas líneas férreas.

Igualmente, a través del Decreto 3734 de 1954 se dispuso que, la Empresa denominada Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sería una persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, cuyo personal se regirá por las normas legales relativas a los trabajadores particulares. Posteriormente, encontramos en el Decreto 1252 de 1970, que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, fue una empresa industrial y comercial del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía

administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Obras públicas; y que a través del artículo 7° del Ley 21 de 1988, se ordenó la creación de un fondo para que la Nación, dentro del proceso de estructuración o reorganización de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por la crisis económica y financiera que padecía dicha empresa, asumiera el pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales, indemnizaciones y sentencias condenatorias laborales, ejecutoriadas o que se ejecutoríen a cargo de ésta, motivo por el que mediante Decreto 1586 de 1989, se ordenó la liquidación definitiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se dispuso que del presupuesto general de la nación se apropiarían los recursos para su liquidación, y se creó el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Así las cosas, encontramos que la entidad que en su momento reconoció la prestación pensional a favor del actor (fl.29), esto es, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia era una empresa industrial y comercial del estado, y que hasta el Decreto 1586 de 1986 mantuvo tal calidad, siendo liquidada y asumidas sus obligaciones pensionales por el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Naciones de Colombia, la que se constituyó como establecimiento público.

Ahora bien, el artículo 1° del Decreto 3130 de 1968 disponía que eran entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta, no obstante, la Ley 6 de 1942 se refiere únicamente a entidades del orden nacional sin hacer alusión a las descentralizadas.

Al respecto, recuérdese que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias, como la SL1081-2014, ha entendido que, las pensiones del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no eran reconocidas *"por ninguna entidad pública del orden nacional, ni mucho menos su pago se realiza con recursos del presupuesto nacional"*, ya que, no era dable darles ese carácter de orden nacional, por cuanto no puede confundirse lo que es el "Presupuesto General de la Nación" con el "Presupuesto Nacional", en tanto que en aquel está incluido éste, así como el de los establecimientos públicos del orden nacional para una vigencia fiscal, mientras que el "Presupuesto Nacional" comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Conforme a lo expuesto, no habrá lugar a reconocer el reajuste deprecado, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que EPS SANITAS S.A promoviese contra la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende se declare la existencia de una obligación a pagar por parte de la demandada por la suma de $1.741'678.067 correspondiente a la prestación excluida del POS denominada, servicio de acompañamiento permanente. Como consecuencia de lo anterior, se procura el reconocimiento de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de la prestación por valor de $174'167.806, e intereses de mora.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el suministro por parte de la entidad accionante del servicio de acompañamiento permanente, en su falta de pago, y en el agotamiento del procedimiento administrativo.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, en síntesis, que no existe obligación de pagar

unas cuentas cuando no se cumplen los requisitos exigidos por la norma y que regulan el trámite de los recobros ante el FOSYGA, más aún cuando lo que se recobra ya se encuentra previamente reconocido por la EPS a través de la unidad de pago por capitación- UPC, de modo que de reconocerse se estaría incurriendo en un doble pago o en un cobro de lo no debido.

Señaló que, se han suscrito diversos contratos para la administración de los recursos del FOSYGA, por lo que su manejo ha sido mediante encargo fiduciario.

Finalmente indicó que, el servicio pretendido está incluido en el POS, por lo que, no es procedente su recobro.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **CONDENAR** a la ADRES como sucesora procesal de la dirección de administración del fondo de la protección social por la que intervenía La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social a pagar en favor del actor la suma de $149'311.483 por concepto de 52 recobros por tecnologías NO POS, relacionadas en el anexo 1 de esta sentencia, valores que deberán ser debidamente indexados.

SEGUNDO. – **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por la pasiva, frente al recobro n°23765692 por valor de $1'560.000, en servicios prestados el 26 de octubre de 2007.

TERCERO. – **DECLARAR NO PROBADA** las restantes excepciones propuestas por la demandada, frente a los recobros que alcanzaron prosperidad.

En síntesis, refirió que existen servicios que no están incluidas dentro del plan de beneficios, razón por que las EPS no están obligadas a cubrir la prestación pues no son financiados con las unidades de pago por capitación- UPC, y en tal sentido, a quien le corresponde su reconocimiento es al Ministerio de Salud a través de la ADRES.

Apuntó que, para lo cual se debe efectuar el respectivo proceso de recobro, allegándose la correspondiente factura, acreditándose la conexidad del servicio prestado con el contenido del fallo de tutela o la Resolución del Comité Técnico Científico, que la tecnología no pueda ser reemplazada con otra que estuviera en el POS.

Frente al caso particular apuntó que, las 53 facturas objeto de recobro se glosando con fundamento en que ya fueron reconocidos por el FOSYGA al estar incluidos en el POS y como consecuencia ser sufragados con la unidad de pago por capitación- UPC; que los servicios dejados de prestar son los de auxiliar de enfermería de cuidado paliativo, de día, de noche, de 24 horas, de 12 horas, especiales y permanentes; y que están acreditados la autorización de los servicios a través de tutela o decisión del Comité Técnico Científico, las que se adjuntaron con las correspondientes facturas y la glosa impuesta.

Agregó que, los servicios de acompañamiento permanente son NO POS, pues se presta sobre actividades básicas o cotidianas por cuestiones de dependencia y no por ser propiamente relacionadas con salud, y con conocimientos específicos en medicina, por lo que no se puede equiparar con la que se incluye en la Resolución 5261 de 1994, pues esta presupone apoyo médico, según sentencias T-154 de 2014 y T- 096 de 2016.

Señaló que, en peritaje se estableció que los 53 recobros son NO POS porque los servicios que se requieren son de fecha anterior (2007-2009) al Acuerdo 08 de 2009, y no están incluidos en la Resolución 5261 de 1994.

Indicó que, únicamente operó la excepción de prescripción conforme al artículo 151 del CPT y de la SS, sobre el recobro n°23765692 por valor de $1'560.000, como quiera que, se interrumpió con la radicación, la que se hizo hasta el 01 de octubre de 2010, superándose el término trienal.

Mencionó que, no hay lugar a intereses moratorios, ya que, para que opere se deben presentar el recobro dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio.

Concluyó expresando que, no es dable reconocer gastos de administración, en la medida que, no se existe un medio de convicción que de certeza acerca de la gestión desplegada por el accionante por tal concepto.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que se desconocen los requisitos previstos para la presentación el recobro de facturas, ya que, se presentaron glosas en las que se indicaba que los servicios ya habían sido cancelados en la medida que, se encuentran incluidos en el POS y por ende fueron reconocidos en la unidad de pago por capitación- UPC.

Indicó que, los servicios excluidos son diferentes de los no incluidos en el POS, siendo los primeros aquellos que no tienen nada que ver con la salud o son de experimentación, de manera que, no pueden ser asumidos al ser un pago indebido.

Señaló que, el servicio de auxiliar de enfermería y de cuidado domiciliario no se tuvo en cuenta los artículos 8 y 33 de la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 08 de 2009, donde tales prestaciones son establecidas como POS y con cargo a las EPS.

Expuso que, según las sentencias T-154 de 2014 y T-730 de 2010, para el Cuidador de personas en situación de dependencia que, son sujetos no profesionales en el área de la salud; resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quienes están en situación de dependencia; prestan apoyo permanente para satisfacer las necesidades básicas u otras derivadas de quien está en dependencia; por lo que, no son actividades relacionadas con el ámbito de la salud y por ende no deben ser asumidos por el sistema y están sujetos al principio de solidaridad, de manera que, el reconocimiento de los recobros podría ir en contravía de los artículos 48 y 49 de la

Constitución, que establecen que la seguridad social y la salud son servicios públicos a cargo del Estado y por ende es un fin con base en los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad, de donde surge el deber de proteger el destino de sus recursos.

Adujo que, la parte actora no cumplió con su obligación de presentar los recobros conforme los requisitos según el Decreto 3099 de 2008.

Finiquita expresando que, la prescripción que se debe aplicar es especial, la cual tiene como contabilización de dos años contados a partir del momento en que se devolvieron los resultados, por demás que de aplicarse la general, tres años desde que se prestó el servicio también operaría el fenómeno en comento.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de marzo de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es la ADRES, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Los servicios prestados por la demandante hacen parte del POS? y de ser la respuesta el anterior interrogante, negativa, ¿hay lugar al pago de los servicios prestados por la EPS a cargo de la demandada?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Recobros por servicios NO POS

La Ley 100 de 1993, en su artículo 62, estableció que *"El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan".*

Conforme a lo anterior, el POS constituye una serie de parámetros o premisas que debían atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5261 de 1994, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

En el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS, se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS, deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3099 de 2008.

De acuerdo con lo dispuesto en la citadas Resoluciones, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos, cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o CTC, conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

Ahora bien, la parte actora elevó cuentas de cobro al Ministerio demandado hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, mediente 496 facturas por un valor de $1.741'705.533, de los cuales 443 fueron reconocidos por la entidad en el curso de estas diligencias o se consideraron estaban dentro del POS, motivo por cual, se presentó su desistimiento, lo que fue aceptado mediante providencia del 14 de septiembre de 2017 (fl.425).

Así, quedaron 53 recobros pendientes, de los cuales fue declarada la excepción de prescripción sobre uno de ellos, el recobro n° 23765692, sin que se presentara inconformidad por la parte actora, de manera que la condena versa sobre 52, los que

se extraen de los tres archivadores que fueron arrimados al plenario, en donde reposan junto con las correspondientes facturas, y servicios prestados. Al respecto, se realiza la tabla 1 con fundamento en la anterior información y el resumen establecido en el cuadro Excel visible en el medio óptico de folio 422:

Tabla 1.

N °	N ° radicado Fosyga (MYT01/02)	Clasificación del servicio entregado	Valor de recobro	Fecha de prestación del servicio	Causal de la glosa	Folios
1	22867145	Programa hospitalización domiciliaria para cuidado paliativo nivel 7 día	$1'375.200	29/08/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1-59 (Cuad. 1)
2	22867149	Auxiliar de enfermería día	$1'560.000	27/09/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 60-70 (Cuad. 1)
	22867149	Auxiliar de enfermería 12 horas	$1'620.000	27/09/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
3	22867173	Programa hospitalización domiciliaria para cuidado paliativo nivel 7 día	$1'560.000	25/05/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 71-104 (Cuad. 1)
4	22867301	Programa hospitalización domiciliaria para cuidado paliativo nivel 7 día	$1'560.000	01/04/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 105-116 (Cuad. 1)
5	23397391	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$3'427.710	24/03/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 117-127 (Cuad. 1)
6	23434351	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$2'724.590	15/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 128-134 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche para cuidado paliativo	$2'804.475	15/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
7	23456322	Auxiliar de enfermería noche	$689.625	30/07/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 135-167 (Cuad. 1)
8	23456369	Auxiliar de enfermería día	$1'446.165	29/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 168-179 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$1'514.970	29/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
9	23457863	Auxiliar de enfermería día	$1'501.005	31/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 180-184 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$1'517.175	31/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
10	23457964	Auxiliar de enfermería día	$2'373.030	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 185-188 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$2'482.650	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	

11	23457968	Auxiliar de enfermería noche	$1'195.350	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 189-223 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería día	$1'142.570	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
12	23457976	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$1'757.800	17/07/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 224-228 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche para cuidado paliativo	$1'839.000	17/07/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
13	23458082	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$982.190	12/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 229-241 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche para cuidado paliativo	$1'027.543	12/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
14	23466423	Auxiliar de enfermería día	$483.395	20/04/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 234-241 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$505.725	20/04/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
15	23466449	Servicio de auxiliar de enfermería 12 horas	$1'554.000	31/03/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 242-277 (Cuad. 1)
16	23446450	Auxiliar de enfermería día	$1'230.460	20/09/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 278-299 (Cuad. 1)
17	23466489	Auxiliar de enfermería	$500.000	30/08/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 300-311 (Cuad. 1)
18	23502809	Auxiliar de enfermería día	$698.725	29/09/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 312-332 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$733.050	29/09/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
19	23502852	Auxiliar de enfermería día	$700.725	27/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 333-353 (Cuad. 1)
		Auxiliar de enfermería noche	$733.050	27/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
20	23502883	Auxiliar de enfermería día	$1'399.450	27/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 354-374 (Cuad. 1)
21	23502906	Servicio de enfermeras especiales	$963.600	07/07/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 375-531 (Cuad. 1)
22	23502933	Auxiliar de enfermería día	$1'401.450	27/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 532-550 (Cuad. 2)
23	23502976	Auxiliar de enfermería día	$1'010.735	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 551-575 (Cuad. 2)

	23502976	Auxiliar de enfermería noche	$1'057.425	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
24	23503041	Auxiliar de enfermería día	$2'460.920	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 576-580 (Cuad. 2)
25	23503360	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$2'547.160	01/09/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 581-585 (Cuad. 2)
26	23851839	Servicio Auxiliar de enfermería día	$2'197.250	20/06/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 595-603 (Cuad. 2)
27	23851945	Servicio Auxiliar de enfermería	$440.000	10/11/2008	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 604-619 (Cuad. 2)
28	23852107	Servicio Auxiliar de enfermería Turnos Diurnos	$1'703.000	31/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 620-689 (Cuad. 2)
29	240125532	Cuidador permanente por auxiliar especial	$7'320.000	09/05/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 690-759 (Cuad. 2)
30	44734364	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$1'962.000	10/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 760-988 (Cuad. 2)
		Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$1'265.000	10/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
31	44739056	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$3'779.270	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 989-997 (Cuad. 2)
32	44739165	Auxiliar de enfermería día	$8'085.880	27/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 998-1009 (Cuad. 2)
		Auxiliar de enfermería noche	$8'459.400	27/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
33	44739166	Auxiliar de enfermería día	$5'361.290	30/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1010-1019 (Cuad. 3)
		Auxiliar de enfermería noche	$5'700.900	30/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
34	44739240	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$3'603.490	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1020-1033 (Cuad. 3)
		Auxiliar de enfermería noche para cuidado paliativo	$3'769.950	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
35	44739265	Auxiliar de enfermería noche para cuidado paliativo	$2'942.400	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1034-1043 (Cuad. 3)
	44739265	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$2'724.590	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
36	44739268	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$263.670	31/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1044-1049 (Cuad. 3)

37	44742121	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$2'911.040	01/03/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1050-1055 (Cuad. 3)
38	44745080	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$4'184.620	07/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1056-1062 (Cuad. 3)
	44745080	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$2'021.470	07/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
39	44746428	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$2'200.000	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1063-1071 (Cuad. 3)
40	44746429	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$2'800.000	26/08/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1072-1081 (Cuad. 3)
41	44746430	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$2'800.000	30/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1082-1089 (Cuad. 3)
42	44746431	Auxiliar de enfermería de atención 12 horas	$1'400.000	16/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1090-1098 (Cuad. 3)
43	44746432	Auxiliar de enfermería de atención 12 horas	$1'400.000	29/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1099-1105 (Cuad. 3)
44	44746433	Auxiliar de enfermería de atención 12 horas	$200.000	16/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1106-1111 (Cuad. 3)
45	44746434	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$2'800.000	09/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1112-1117 (Cuad. 3)
46	44746435	Auxiliar de enfermería de atención 12 horas	$1'680.000	21/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1118-1124 (Cuad. 3)
47	44746442	Auxiliar de enfermería de atención 24 horas	$2'800.000	20/11/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1125-1131 (Cuad. 3)
48	44746836	Auxiliar de enfermería día	$490.000	30/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1132-1184 (Cuad. 3)
	44746836	Auxiliar de enfermería noche	$241.875	30/10/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	
49	44784642	Auxiliar de enfermería 12 horas	$1'901.900	10/12/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1185-1315 (Cuad. 3)
50	44785366	Servicios continuos de enfermería en institución	$2'042.300	10/09/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1316-1335 (Cuad. 3)
51	45561734	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$3'515.600	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1336-1344 (Cuad. 3)
52	45822759	Auxiliar de enfermería día para cuidado paliativo	$263.670	01/01/2009	1-03-Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Fls. 1345-1356 (Cuad. 3)
Total			$149.311.483			

Conforme a lo anterior, es claro que la controversia que se suscitó entre las partes tuvo como origen servicios de enfermería que a juicio de la demandada, en todos los casos, ya hayan sido pagados por el Fosyga, por lo que, en este primer aspecto es necesario resaltar que la glosa no tuvo origen en la falta de los requisitos que prevén los artículos 11 y 12 del Decreto 3099 de 1998, de manera que, lo que le corresponde a la autoridad judicial es determinar si los servicios que se recobran, son de aquellos que ya habían sido reconocidos mediante la UPC por tratarse de servicios POS, o si en su defecto se encontraban excluidos de los servicios referidos.

Sobre el tópico, la Jueza de Primera Instancia consideró que los servicios de enfermería eran NO POS al no estar incluidos en la Resolución 5261 de 1994, lo que es consonante con el peritaje rendido por la Médica Nohora Carolina Santiesteban Vargas (fls. 428 a 447), quien estableció similar reflexión. Al punto, se advierte que, si bien el perito es requerido por su experticia para realizar un estudio minucioso sobre determinada materia, con base en el análisis de la información obrante en el expediente respaldada con medios probatorios, su labor no se extiende a recaudar pruebas o suplir la actividad probatoria de las partes, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1753-2018; por lo que la viabilidad del pago de los recobros se verificará conforme a la totalidad del material probatorio arrimado y el ordenamiento legal.

Dicho lo anterior, ciertamente fue acertado considerar que el Acuerdo 08 de 2009 no estaba vigente para el momento en que se prestaron los servicios de los recobros, esto es, entre 2007 y 2009, pues entró en vigor el 01 de enero de 2010; normatividad que establecía expresamente en su artículo 28, que las EPS pueden organizar la atención domiciliaria en su red de servicios como una modalidad de atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida, siempre y cuando se asegure la atención bajo las normas de calidad adecuadas para el caso y de acuerdo con las condiciones y contenidos del POS de cada régimen; lo que no contenía expresamente la normatividad previa a tal acuerdo, con excepción del Acuerdo 03 del 30 de julio de 2009, norma que en todo caso de no ser derogada entraría hubiese entrado en vigor el 01 de enero de 2010.

Igualmente se aclara, que las sentencias T-154 de 2014 y T-096 de 2016, tomó como base la Resolución 5521 de 2013 que es posterior a los tratamientos que aquí se estudian, y en la que se estableció en el artículo 29, que la atención domiciliaria no abarca recursos humanos con la finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de Cuidadores, por lo que en tal entendido los servicios a domicilio que estaban dentro del POS son los que surgían de la experticia y el conocimiento técnico-científico de un profesional de la salud.

Así las cosas, es necesario estudiar de forma sistemática la normatividad que integra el Decreto 5261 de 1994, pues si bien no establece de forma expresa una diferenciación entre los servicios de profesionales de la salud y de cuidadores, y que la atención domiciliaria puede ser considerado como un servicio POS, de su estudio

puede que se extraiga tal situación; análisis que debe efectuarse de forma amplia y no restrictiva, en consideración del principio *pro homine*. Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-313 de 2014 con fundamento en la sentencia la T-760 de 2008 señaló que en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine*; que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia; y que una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con el principio *pro homine*.

Por tanto, la Sala se remite a los artículos 8, 18, y 33, del decreto reseñado para establecer si los servicios que se recobran hacen parte o no del POS:

*"**Artículo 8o. Asistencia Domiciliaria.** Es aquella que se brinda en la residencia del paciente con el apoyo de personal médico y/o paramédico y la participación de su familia, la que se hará de acuerdo a las Guías de Atención Integral establecidas para tal fin".*

*"**Artículo 18. De las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud.** En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:*

a. *Cirugía estética con fines de embellecimiento.*
b. *Tratamientos nutricionales con fines estéticos.*
c. *Tratamientos para la infertilidad.*
d. *Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.*
e. *Tratamientos o curas de reposo o del sueño.*
f. *Medias elásticas de soporte, corsés, fajas, plantillas, zapatos ortopédicos, sillas de ruedas, lentes de contacto. Los lentes se suministrarán una vez cada cinco años en los adultos y en los niños una vez cada año, siempre por prescripción médica y para defectos que disminuyan la agudeza visual.*
g. *Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizadas en el Manual de Medicamentos y Terapéutica.*
h. *Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.*
i. *Trasplante de órganos. No se excluyen aquellos como el trasplante renal, de medula ósea, de córnea y el de corazón, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías Integrales de Atención.*
J. *Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad, y solo durante la fase inicial; tampoco se excluyen las terapias*

grupales. Se entiende por fase crítica o inicial aquella que se puede prolongar máximo hasta los treinta días de evolución.

k. Tratamiento para varices con fines estéticos.

i. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinonamatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la incomodidad y la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contemplados en las respectivas Guías Integrales de Atención.

j. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas.

k. Prótesis, ortodoncia y tratamiento periodontal en la atención odontológica.

i. Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual".

***"Artículo 33. Tratamiento para paciente crónico que sufre proceso patológico incurable.** El paciente crónico que sufre un proceso patológico incurable, previo concepto médico y para mejorar su calidad de vida, podrá ser tratado en forma integral fundamentalmente a nivel de su domicilio, con la participación activa del núcleo familiar".*

De las normas trasuntas, es dable considerar, en un primer término, que se establece la posibilidad de que el servicio domiciliario sea prestado por un profesional de la salud o por una persona ajena a esta área, pues se hace alusión a personal médico y/o paramédico, así como al núcleo familiar, así como que dentro de los servicios excluidos están aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, como lo sería en este caso el llevado a cabo por una persona que no sea profesional de la salud, o Cuidador como sería posteriormente denominado por el Decreto 5521 de 2013, tal y como lo ha expuesto la H. Corte Constitucional, en las sentencias T-226 de 2015 y T-423 de 2019:

"Al respecto, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe.

*En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud. La Corte ha señalado, de hecho, que **el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas**, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los*

particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos" (Subrayado y negrilla por la Sala)

A la par, en sentencia T-065 de 2018 estableció:

"Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de ***"servicio de enfermería"*** *constituye una especie o clase de "atención domiciliaria" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.*

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos (...).

4.3. *En relación con la* ***atención de cuidador****, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.* (Subrayado y negrilla por la Sala)

Por tanto se considera que, pese a que el Decreto 5261 de 1994 no establece de forma expresa que los servicios prestados por la actora son POS, de la interpretación sistemática realizada, y en consideración a lo expuesto en la sentencia T-313 de 2014, esto es, que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia, se considera a diferencia de lo que señaló la Juez de Primera Instancia y la Médica Nohora Carolina Santiesteban Vargas al rendir peritaje, que los servicios de enfermería domiciliaria sí estaban incluidos en el POS.

Así las cosas, y dado que los servicios aludidos en la Tabla 1, son de enfermería, no es posible efectuar su reconocimiento a cargo del Estado al ser considerados como POS, para lo que en todo caso y de conformidad con el material probatorio, se verificará si hay alguno que hace referencia a servicios prestados por un Cuidador.

Al respecto encontramos que los servicios que se recobran fueron prestados entidades de salud tales como, Medicina Integral en Casa – Colombia Ltd, Clínica Colsanitas, Global Local Service CTA, Fundación Grupo Integra, Home & Health, y Línea Médica Amiga, dejándose por parte de ellos, constancia de que el servicio fue prestado por un Auxiliar de Enfermería, llevando a cabo sus servicios a través de hospitalización domiciliaria y/o en casa, y en algunos casos dejándose las notas respectivas de los turnos efectuados (fls. 6, 16 a 59, 68 a 70, 78 a 104, 114 a 116, 125 a 130, 160 a 167, 174 a 176, 182 a 184, 186 a 188, 190 a 192, 225 a 227, 228 a 234, 238 a 240, 252 a 254, 256 a 271, 296 a 298, 305 a 307, 325 a 327, 331 a 333, 346 a 348, 352 a 354, 367 a 369, 372 a 374, 390 a 392, 550 a 552, 563 a 565, 578 a 580, 583 a 585, 601 a 603, 611 a 619, 634 a 689, 692, 765, 776 a 988, 995 a 997, 1003 a 1006, 1016 a 1019, 1026 a 1028, 1033, 1039, 1040, 1043, 1047 a 1049, 1053 a

1055, 1060 a 1062, 1065, 1070, 1071, 1075, 1078 a 1081, 1084, 1087 a 1089, 1092, 1095 a 1098, 1101, 1105, 1108, 1111, 1114, 1117, 1120, 1123, 1124, 1127, 1130, 1131, 1156 a 1183, 1192 a 1316, 1322 a 1335, 1342 a 1344, y 1354 a 1356).

Por tanto, a juicio de esta Corporación, y en la medida que no se logra establecer que los servicios prestados fueran NO POS, y por el contrario verificarse que estamos frente a servicios de enfermería sin que se logre establecer suficientemente que no lo eran o que correspondían a los de Cuidadores, se considera que se debe REVOCAR la sentencia, y en su lugar, ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2015-00126 -01
Demandante: **EPS SANITAS S.A**
Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $2,000,000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CESAR AUGUSTO AYALA MORENO promoviese contra la UGPP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la indexación de la primera mesada pensional de la pensión que fuere reconocida al actor el 08 de enero de 1995.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de actualización de la mesada pensional entre el finiquito de la relación laboral y el pago de la prestación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que ya hubo un pronunciamiento proferido por justicia ordinaria, en el que fueron objeto de absolución, por lo que, operó el fenómeno de la cosa juzgada.

Concluye señalando que, los actos administrativos dictados se encuentran conforme a derecho.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al actor la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 0360 de 1995, en un valor inicial que asciende a la suma de $2'102.831 y no al valor erróneamente reconocido en dicha resolución de $412.506, ordenando pagar las diferencias que se han venido causando entre el valor inicialmente reconocido y el que se ordena por esta providencia y que no se encuentren afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

SEGUNDO. – DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto a las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 12 de diciembre de 2014.

En síntesis, refirió que no operó cosa juzgada dado que, según criterio de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia las sentencias dictadas sobre indexación de la primera mesada pensional proferidas con anterioridad a las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006 y C-891 A de 2006, no acaece tal fenómeno en estudio, al existir nuevos fundamentos jurídicos; y que, en el caso, la sentencia que decidió por primera vez la situación jurídica del actor data del 25 de septiembre de 2000.

Indica que, al evidenciarse la pérdida del poder adquisitivo del dinero en la mesada pensional que le fue reconocida al actor al no haber sido objeto de actualización desde su retiro efectivo del servicio hasta el disfrute de la prestación, debe realizarse la correspondiente indexación, conforme la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia. Por lo anterior, también ordenó el pago de las diferencias.

Concluye expresando que, operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que, se reclamó el 12 de diciembre de 2017, por lo que, están prescritas las diferencias anteriores al mismo día y mes de 2014.

4. Argumentos de la Recurrente

Expresa que, no es dable indexar la primera mesada pensional del actor, pues este se encontraba con una pensión convencional sin que en la convención colectiva se estableciera que se debía aplicar fórmula de actualización; y que la Corte Suprema de Justicia ya "tomó" una decisión sobre el caso de estudio, quedando ejecutoriadas las decisiones aquí proferidas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 08 de septiembre de 2020, se admite recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de UGPP.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es UGPP, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional del demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Indexación de la Primera Mesada Pensional. Cosa Juzgada.

Al respecto, es menester indicar en relación con la cosa juzgada, la H. Corte Constitucional en sentencia T - 374 de 2013, señaló que en los casos fallados con posterioridad a las sentencias SU-120 de 2003 y C - 862 de 2006, no existía identidad de causa, puesto que éstas providencias deben ser consideradas, en el marco de los procesos de Indexación de la primera mesada pensional como hechos procedimentales nuevos.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este tema en particular, en sentencias como la SL13256-2017, SL3276-2019, SL979-2019, SL5069-2020, mencionar algunas, acogió la tesis de la H. Corte Constitucional, adoctrinando que en la sentencia de unificación SU-120 de 2003, el Tribunal Constitucional dejó sin efectos varias decisiones proferidas por la justicia ordinaria laboral, en las que se negó el derecho a la actualización del salario base de liquidación de la pensión de jubilación de los accionantes, con fundamento en que (i) el derecho a la indexación de la primera mesada pensional encontraba respaldo directo en la

Constitución Política, específicamente en los artículos 48 y 53; (ii) distintas disposiciones del orden jurídico, tales como los artículos 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993 obligan al reajuste tanto de las pensiones causadas, como de los recursos destinados a atender las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE; (iii) el artículo 53 de la Carta Política impone a los jueces el deber de interpretar las normas en sentido favorable a los trabajadores; luego, ante la disyuntiva de aplicar o no la actualización, la justicia laboral debía inclinarse por lo primero; y (iv) la indexación es un derecho informado en la igualdad, la equidad y los principios generales del derecho.

Igualmente, refirió el máximo órgano de la Justicia ordinaria en su especialidad laboral que, en la decisión de constitucionalidad C-862 de 2006 al advertirse un déficit de regulación de la indexación de la pensión de jubilación, se dispuso declarar exequibles los numerales 1.° y 2.° del artículo 260 del C.S.T, en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto debía ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE; que en la sentencia C-891A de 2006, por idénticas razones, se declaró la exequibilidad del artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, bajo el entendimiento de que comprende la indexación de los salarios base de liquidación y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales la citada norma todavía surta efectos, debía aplicarse el mecanismo de actualización; que en la sentencia SU-1073-2012 se puntualizó que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados; y que en el fallo de tutela T-183-2012 se evocó el precedente sentado en las sentencias T-014-2008, T-130- 2009 y T-366- 2009, a fin de precisar que para efectos de la configuración de la cosa juzgada, las providencias SU-120-2003, C-862-2006 y C-891A-2006 debían ser consideradas como "hechos nuevos".

Así las cosas, conforme al criterio tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia no opera cosa juzgada sobre los casos donde se conoció la indexación de la primera mesada pensional con anterioridad de haberse proferido las sentencias SU-120-2003, C-862-2006 y C-891A-2006; situación que se ajusta al caso de estudio, dado que, si bien el accionante demandó en proceso anterior, la sentencia que desató tal causa data del 25 de noviembre de 2000, providencia dictada por el máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral (fls.43 a 56).

Por otra parte, señala la impugnante que la pensión que se reconoce es convencional, y que no en dicho acuerdo no se dijo nada de la posibilidad de indexar, no obstante, la pluricitada Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada y pacífica en afirmar que la indexación del salario que sirve de base para el cálculo de las pensiones procede para todas ellas sin importar su naturaleza o fecha de causación (sentencias SL3226-2020 y SL3343-2020, entre otras). Así, se considera que la condena impartida por el A quo es acertada por lo que, se confirmará.

Valor de la primera mesada pensional

Al punto, tenemos que mediante la Resolución 0360 de 1995, el Ministerio de Desarrollo Económico reconoció pensión de jubilación convencional al actor por haber laborado en la Corporación Financiera del Transporte S.A, por valor de $412.506,13 a partir del 08 de enero de 1995, sin embargo, al tenerse como fecha de terminación del vínculo laboral el 06 de abril de 1988, ciertamente es necesario evaluar si hay lugar a su indexación (fls. 14 a 16).

En ese orden ideas, se recuerda que para calcular la indexación la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en variada jurisprudencia, como en la del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, ha adoptado la siguiente formula: VA = VH x IPC Final /IPC Inicial; donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Ingreso base de cotización; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Ahora, y previo a efectuar tal ejercicio es necesario aclarar que el Ministerio de Desarrollo Económico para liquidar la pensión tomó como último salario del actor la suma de $485.301,33 sobre lo que aplicó una tasa de reemplazo del 85% (fl.15). Así, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor que se observan en la figura 1, tenemos que se debe pagar la suma de $2'104.785,89, no obstante, y dado que el Juez de Primera Instancia tuvo la de $2'102.831, suma ligeramente inferior, sin que esto fuera objeto de apelación, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

Figura 1

SALARIO			*$ 485.301,33*
TASA DE REEMPLAZO		*85%*	*$ 412.506,13*

Valor	*IPC INICIAL*	*IPC FINAL*	*FACTOR INDEX*	*1ª MESADA*
$ 412.506,13	*5,1244*	*26,14692*	*5,10*	*$ 2.104.785,89*

Prescripción

Finalmente, encontramos que luego de acaecido el hecho nuevo ampliamente explicado, se elevó reclamación el 12 de diciembre de 2017, tal y como da cuenta la Resolución RDP 011385 de 2018 (fls. 9 a 11), y se avizora en el medio óptico de folio, 72, elevándose acción dentro de los tres años posteriores, esto es, el 13 de junio de 2019 (fl.57), con lo que se logró la interrupción del fenómeno extintivo de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 12 de diciembre de 2014. Lo dicho, conforme lo establecido por los artículos 488 y 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

Así las cosas, y dado que no se evidencia yerro alguno en la sentencia, ésta se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de la parte demandada.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que DERZUS KAZIM SÁNCHEZ promoviese contra COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual transcurrió del 13 de julio de 2009 al el 09 de septiembre de 2017 y donde percibía un salario de $11'169.900 más un factor variable; que la relación laboral finiquitó sin justa causa; y fue despedido sin permiso del Ministerio del Trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita el salario del sábado 09 de septiembre de 2017, vacaciones y aportes a seguridad social teniendo en consideración a su salario real, remuneración variable de abril a septiembre de 2017, indemnización por despido sin justa causa, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, retenciones realizadas por concepto de medicina prepagada, sanción moratoria, y perjuicios morales.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el despido del actor que acaeció el 08 de septiembre de 2017, que se fundamentó en la venta de títulos PEI pese a que no se efectuó sobre tal actuar objeción, reclamación o cuestionamiento. Además, señaló que, el contrato finiquitó sin permiso del Ministerio del Trabajo pese a que padecía una "enfermedad desmielinizante del sistema nervioso central no especificada, amigdalitis no especificada y parestesia de la piel" desde finales de 2013, así como en la falta de pago de su salario variable de abril a septiembre de 2017, y demás acreencias laborales que se establecieron en las pretensiones.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), expuso en síntesis, que el demandante percibía una bonificación trimestral por mera liberalidad, extraordinaria de carácter no salarial, pues en ella se evaluaba una serie de criterios del colaborados no sólo un resultado.

Indicó que, a la variable integral del segundo y tercer trimestre del año, por cuanto no se causaron, ya que, cuando existe un incumplimiento de cupos o límites no hay lugar a ellos.

Expresó que, se aceptó que la terminación del contrato de trabajo fue el 08 de septiembre de 2017, por lo que, no es dable reconocer el pago del salario del 09 del mismo mes y año. Añadió que el despido fue con justa causa, y que obedeció al desobedecimiento de órdenes e instrucciones por parte del actor, al participar de la venta y *trading* de títulos PEI, los que únicamente estaban autorizados para comprar.

Dijo que, el accionante no se encontraba en ningún estado que se pudiera considerar de vulnerabilidad al momento del despido, encontrándose activo laboralmente en Positiva Compañía de Seguros.

Agregó que, el trabajador fue quien autorizó el descuento por nómina de medicina prepagada, pues si bien la entidad otorga tal beneficio extralegal únicamente lo hace en un porcentaje, más no en la totalidad.

Concluyó señalando que, el despido no es una sanción disciplinaria y que en todo caso se agotó el debido proceso para llevar acabo la terminación del vínculo del accionante.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que rigió desde el 13 de julio de 2009 hasta el 08 de septiembre de 2017.

SEGUNDO. - **DECLARAR** que la terminación del contrato de trabajo del demandante con la demandada se produjo por despido con justa causa.

TERCERO. - **CONDENAR** a la demandada a pagar el valor del cálculo de conformidad con la liquidación que efectúe Colpensiones y junto con los intereses que correspondan, para los siguientes meses de cotización y teniendo en cuenta el valor de los ingresos base de cotización que deberán quedar reportados en la historia laboral de

cotizaciones del demandante: para febrero de 2015, $10'590.620; septiembre de 2016 $11'966.570, diciembre de 2016, $11'966.570; abril de 2017, $12'545.749,30; y junio de 2017, $12'923.894,20.

CUARTO. - SE DECLARA PROBADA la excepción de inexistencia de las obligaciones respecto de la pretensión del despido sin justa causa, y por el resultado de la litis, se abstiene el Despacho del pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos.

QUINTO. - ABSOLVER a la demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra y que no fueron acogidas en esta sentencia.

ACLARÓ que debe determinarse por Colpensiones el monto que se debe pagar por la demandada teniendo en cuenta que el fenómeno que se presenta es un déficit en el ingreso base de cotización en los periodos señalados, y no una omisión de afiliación por parte del empleador.

En síntesis, refirió que no existió controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, y que el empleador lo finalizó de forma unilateral.

Apuntó que está acreditado el hecho del despido mediante la carta de terminación, en la que se estableció que tuvo como fuente el desobedecimiento de órdenes por la venta de títulos PEI, lo que constituía un incumplimiento grave en las obligaciones del accionante.

Adujo que, la justa causa se encuentra acreditada como quiera que los testigos comparecientes señalaron que los *trader*, cargo que desempeñaba el actor, únicamente estaban autorizados para comprar títulos PEI, más no para vender, conducta que desplegó el accionante; que el fin de los títulos PEI era constituir un calce para la reserva, esto es, tener activos que pudiera cubrir los pasivos de la empresa; que en caso de estarse cerca al límite del VAR o valor en riesgo, para mitigar tal evento, lo que se debió hacer es informar a los superiores y no proceder a la venta de títulos PEI, por demás que, existían mecanismos como la consulta al voto para poner en consideración tal situación en cabeza de los órganos directores; y que los *trader* tenían conocimiento que los títulos PEI eran para el calce de la reserva, y no para la venta, pues así se dejó consignado en acta del Comité de Inversiones, donde participó el actor.

Agregó que, no es necesario que se produjera un perjuicio económico, sino únicamente que aparezca demostrada la justa causa, que para el caso, es el incumplimiento grave a las obligaciones del trabajador; y que la citación a descargos no es un prerrequisito para llevar a cabo el despido si no está contenido en el reglamento de trabajo.

Indicó que, de la documental y testimonial se logra establecer que la data de terminación del contrato de trabajo fue el 08 de septiembre de 2017, por demás que, no se logra demostrar que se hubiese laborado el día siguiente.

Señaló que, no hay lugar a perjuicios morales ni la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que, se logró acreditar la existencia de un despido con justa causa. Además, expresó que no se demuestra incapacidad laboral al momento de la terminación del contrato o que hubieran existido recomendaciones.

Expuso que, frente a la remuneración variable integral, se encuentra el esquema de medición *trader* 2017, en el que se establece que en caso de existir incumplimiento en los cupos o límites del cargo no hay lugar a la bonificación, lo que se verificó al llevarse a cabo la venta de los títulos PEI entre junio y julio de 2017, por lo que no es dable su pago.

Manifestó que, no se logró demostrar que las comisiones causó el actor para determinar si se incluyeron como salario, no encontrándose que las bonificaciones pagadas fueran pagadas como contraprestación del servicio, siendo más un incentivo reconocido por la empresa. Sin embargo, señaló que por el periodo de 2015 a 2017, se modificó la forma de remuneración, encontrándose que el IBC a pensión en los periodos de febrero de 2015, septiembre y diciembre de 2016, y abril y junio de 2017, no corresponde a lo que se reconoció como salario, por lo que hay lugar a que se pague de conformidad con ello.

Dijo que, en la demanda no se precisó con claridad los periodos de vacaciones que se adeudaron o que deben ser reliquidadas.

Finalizó agregando que, se cuenta con autorización del accionante para que se efectuaran los descuentos por nómina de medicina prepagada, de modo que, no hay lugar a la devolución de estos; y que no hay lugar a indemnización moratoria, pues no se demostró la falta de pago de salarios y prestaciones sociales.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que existe duda respecto de los extremos temporales de la relación laboral en la fecha de finalización del contrato, pues la carta de terminación fue entregada un viernes a medianoche, por lo que, se entiende que incluía el fin de semana hasta el 11 de septiembre de 2017, al no ser hábiles el sábado ni el domingo.

Indicó en relación con el salario, que todo lo que recibe un trabajador lo constituye, de modo que, al tenerse que lo que percibía por cumplimiento de metas, así se debió tener.

Expuso frente al despido que la Corte Constitucional ha señalado que es necesario un procedimiento para llevarlo a cabo, resultando probado que se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, pues tan solo se le puso de presente su diligencia de descargos 14 minutos antes de ésta, aunado a que no se le mencionó que estuviera inmerso en un proceso sancionatorio, así como tampoco los cargos; que hubiera pruebas en su contra y/o la posibilidad de allegar las que considerara

necesarias; que la reunión empezó a las 5:03 PM y terminó con carta de despido pasada la medianoche, motivo por el cual está fechada el 09 de septiembre con números y fechas; que no existió igualdad de armas, pues la entidad contaba con abogado acompañado de un buffet de juristas; que se hizo caso omiso a la solicitud de testigos del actor; que no hubo prueba de la demandada, sólo allegó a la diligencia de descargos las operaciones del actor que eran acordes con la normatividad de la Superintendencia Financiera, lo establecido por la Junta Directiva, y con ello se logró disminuir el riesgo reflejado en el VAR; que en el Acta 69 nada dice acerca de la imposibilidad de vender títulos PEI, lo que además contradice lo dispuesto por la Superintendencia Financiera frente a títulos negociables; que como se puede ver en las Actas 70 a 72 no hubo inquietud ni controversia respecto de las operaciones realizadas por el accionante; y que la carta de despido tiene irregularidades, está fechada el 09 de septiembre de 2017 pero el finiquito contractual es sobre el día anterior, además se hace alusión a unas instancias empero la hacerse el mismo día esto no se realizó, por lo que, la carta del despido ya estaba previamente montada.

Añadió que, para la terminación del contrato de trabajo era necesario el reglamento interno de trabajo y el código de ética, porqué de lo contrario cómo podría el trabajador defenderse de las acusaciones elevadas en su contra; que el accionante conocía perfectamente las dinámicas de la compañía porque llevaba ocho años en el cargo de *trader*; que los límites y cupos fueron respetados por el accionante según documental y prueba testimonial; que conforme al manual de *front office*, el *trader* debe identificar ofertas y demandas que constituyan las oportunidades de inversión; que el VAR se acercó al 100% del límite fijado por la junta directiva, por lo que, era obligatorio tomar medidas para disminuir dicho nivel y tomar medidas de mitigación, salvo instrucción específica de su jefe inmediata; que no se expone en ninguna parte que los títulos PEI tuvieran vocación de permanencia, sin que se encuentre de igual manera que tal restricción la hubiese impuesto la Junta Directiva; que lo que recomendó el Comité de Inversión fue la aprobación de la operación, asunto que es diferente al que ocasionó el despido; y que era función del actor obtener utilidades por la compra y venta de títulos financieros, lo que era conocido por la compañía así como por todo el mercado de valores.

Expresó frente a la estabilidad laboral reforzada del actor por su condición de salud, que él sufrió un accidente cerebrovascular en 2013, estando en tratamiento médico, por lo que, no se puede descartar. En adición, el examen de egreso fue superficial según prueba testimonial, por demás que, si no hubiese sido vulnerable no hubiere tenido problema en entregarle un seguro meses atrás.

Explicó que, hay lugar a indemnización moratoria, porque no está acreditada la buena fe del actor ya que, tenía derecho a la remuneración variable del trimestre de abril a junio y julio a septiembre de 2017, pues conforme a los documentos allegados y los testigos, el actor cumplió los límites y cupos, por demás que, la testigo Gerente de Nómina dijo desconocer lo que había firmado en su comunicación; que las partes en enero de 2015 firmaron otro si, donde se fijó que el salario incluía una

remuneración variable que no se omitió en el pago de vacaciones y de aportes a seguridad social, sin causal alguna; que no se pagó los días 09 y 10 de septiembre de 2017; que se despidió al trabajador con justa causa evitando el pago de una póliza que incluía el pago de 32 salarios mínimos; y que hubo una retención de mala fe del pago de unos porcentajes por medicina prepagada de octubre de 2017, posterior a la terminación del vínculo.

Dijo que, los perjuicios morales son procedentes al no existir justa causa de despido.

Finalmente refirió que en relación con las vacaciones, se debe establecer el valor que se debe pagar por la demandada al señalarse cuál era el salario del actor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de marzo de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Desde qué momento se debe tener por finiquitado el vínculo contractual que existió entre las partes?

¿Las razones que precedieron el despido del accionante se enmarcan dentro de una justa causa?

¿El actor estaba amparado al momento de su despido de estabilidad laboral reforzada con ocasión de su estado de salud?

¿Existieron irregularidades en lo pagado por concepto de salario, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, al tener el actor una remuneración variable integral?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Extremo temporal final de la relación laboral

En el *sub lite* aparece acreditado que la relación laboral entre las partes inició el 13 de julio de 2009 según contrato de trabajo de folios 114 a 116, finiquitando el 08 de septiembre de 2017 conforme carta de terminación, liquidación final de prestaciones sociales, y certificación laboral, obrante a folios 152 a 155, y 164, a 166. No obstante ello, considera la parte actora que su vínculo se extendió hasta el 11 de septiembre de 2017 al estar fechada la carta de terminación el 09 del mismo mes y año, y no ser días laborales el sábado y el domingo.

Al punto, es necesario en un primer lugar aclarar que, dentro de las pretensiones se estableció que el contrato que se pretende se declare es del 13 de julio de 2009 al 09 de septiembre de 2017, así como el salario del último día de servicio (pretensión primera declarativa, y pretensión primera condenatoria-fl.74), sin que en ningún momento se pretendiera el pago de salario por días posteriores, lo que en esta instancia no es posible, como quiera que, el sentenciador de segunda instancia estaba vedado para echar mano de las facultades *ultra* y *extra petita*, siendo éstas únicamente de los Jueces de Única y Primera Instancia, tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL3850-2020.

Aclarado lo anterior, encontramos en el asunto que ciertamente la carta de terminación del vínculo laboral está fechada el 09 de septiembre de 2017, empero tal situación, que por demás es meramente formal, no derruye *per se* que fuera intención del empleador dar por terminada la relación el día anterior, pues la prueba documental no puede ser estudiada de forma aislada, sino que debe ser vista en su integralidad y para encontrar su significado ha de verse el restante acervo probatorio.

En efecto, de la lectura integral de la carta de finiquito contractual claramente se logra extraer que la intención del empleador fue la de finiquitar el nexo contractual el día 08 de septiembre de 2017, ya que palmariamente expuso que, *"SEGUROS COLMENA, ha decidido dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo celebrado con usted al finalizar la jornada laboral del día ocho (8) de septiembre de 2017"*. Aunado a ello, ese mismo día recibió los descargos del actor y de su compañero Juan David Quintero López (fls. 144 a 151), frente a lo que, las testigos Luz Marina Lacouture y Diana Esperanza Rojas Contreras señalaron que, la terminación del vínculo acaeció cerca de la medianoche, siendo según el dicho de la última testigo, aproximadamente a las 11:30 PM.

Así mismo, se efectuó liquidación final de prestaciones sociales hasta el 08 de septiembre de 2017; y se expidió certificación laboral teniendo en consideración tal extremo final; probanzas que analizadas en conjunto permiten inferir que la relación laboral se extendió hasta el 08 de septiembre de 2017.

Aunado a lo anterior, la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacifica en establecer que a quien le corresponde la carga probatoria de acreditar los extremos temporales de la relación laboral es a la parte actora (al respecto, consultar las sentencias del 24 de abril de 2012 y 04 de noviembre de 2015 Rads. 41890, y 43377, respectivamente, así como la SL2608-2019 y la SL4829-2020), empero, del acervo probatorio recolectado ninguna prueba permite extraer prestación del servicio durante el día 09 de septiembre de 2017.

Conforme a lo dicho, se considera acertada la decisión del *A quo* de tener como extremo final, el 08 de septiembre de 2017, de modo que, se confirmará.

Salario- Aportes a seguridad social en pensiones y vacaciones teniendo como ingreso base la totalidad del salario percibido

En relación con el salario encontramos tres momentos salariales del trabajador: 1. Del 13 de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2011, donde el salario del actor estaba regido por el contrato de trabajo, en el que se determinó el pago de un salario de $4'798.750, excluyéndose los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que se concedieran de forma extralegal y por mera liberalidad no constituían salario (fls. 114 a 116); 2. Del 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, en el que el salario estaba sujeto a un otro si, en el que se dispuso que a favor del trabajador se pagaría un salario integral de $8'000.000, y que los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que se concedieren de forma extralegal y por mera liberalidad no constituían salario (fl.124); y 3. Del 01 de enero de 2015 al 08 de septiembre de 2017, en el que encontramos que se suscribió un nuevo otro si, en el que se determinó que, se pagaría un salario integral fijo de $9'096.150, y un salario integral variable por reconocimiento variable integral, concepto que dependía de las modalidades, cuotas, valores, y forma de percepción que mensual, bimestral, trimestral, semestral o anualmente se señalaran mediante comunicaciones, cartas, o circulares (fl.130).

Frente a ésta última modalidad en el medio de almacenamiento de folio 354 encontramos que cartas del 08 de enero de 2015 y 2016, en las que se dispuso que la remuneración variable integral dependía del cumplimiento de metas, señalando que se mantendrían beneficios extralegales anteriores, tales como, salud, ahorro, vivienda, crédito de libre inversión, educación, recreación, seguro de vida y prima de antigüedad.

Del mismo modo, es necesario aclarar que, el reconocimiento dentro del último otro si de un reconocimiento variable integral *per se* no implica que los

beneficios que se hubieren pagado con anterioridad sean salario, pues es necesario demostrar que se pagaron como contraprestación del servicio.

Por supuesto, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, por lo que para definirse los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes (sentencia del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras).

Ahora bien, lo anterior no contraviene mandatos constitucionales ni de la OIT, pues como quedó visto, el acuerdo de exclusión salarial entre las partes es válido a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, norma que no debe ser entendida como una autorización incondicional e ilimitada a las partes para disponer que no constituya salario cualquier pago extralegal dado al trabajador, habida cuenta que esa interpretación desnaturalizaría la connotación de salario que tienen algunos beneficios extralegales, y desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo establecido en el artículo 53 constitucional. Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-710-1996:

"(...) tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.

El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada"

Así las cosas, ha dicho la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral que frente a lo establecido en el Convenio 95 de la OIT en relación a que toda suma percibida por el trabajado es salario, debe darse una interpretación sistemática con el artículo 128 del estatuto laboral, que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales, lo que impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

Por tanto, le correspondía a la parte actora acreditar que los pagos que percibió el trabajador entre el 13 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2014, fueron contraprestación del servicio, no obstante, se limitó a allegar los pagos por concepto de bonificación trimestral entre abril de 2010 y diciembre de 2014 así como los comprobantes de nómina, documentales de las que si bien se logra extraer un pago trimestral, con ellos no se logra determinar si eran reconocidos como retribución directa de los servicios prestados por el actor, más aún cuando se denota que no se reconocían en todos los trimestres, pues no aparece su pago en los trimestres correspondientes a, julio a septiembre de 2009, octubre a diciembre de 2009, enero a marzo de 2010, julio a septiembre de 2010, octubre a diciembre de 2010, enero a marzo de 2011, octubre a diciembre de 2011, abril a junio de 2013, y julio a septiembre de 2013, (fls.126, 131, 175 a 180 y 354).

En igual sentido, las testigos Luz Marina Lacouture y Diana Esperanza Rojas Contreras, si bien señalaron que el salario del actor era en función del cumplimiento de metas, y que como consecuencia de ello se pagaba un valor variable, ninguna de ellas específico a que periodo se referían expresamente, deduciendo el despacho que se trataba del último periodo, esto es, el del 01 de enero de 2015 al 08 de septiembre de 2017, pues la primera testigo en su declaración hizo referencia a un pago aproximado por concepto de último salario de $11'000.000, y la segunda, a la remuneración variable integral, la que como quedó visto, se empezó a devengar desde enero de 2015. por lo que, en tales condiciones no se puede tener suficientemente acreditado que las bonificaciones pagadas hasta diciembre de 2014 eran constitutivas de salario.

En cuanto al periodo del 01 de enero de 2015 al 08 de septiembre de 2017, de las nóminas se logra extraer que la bonificación especial de *trader*, la que se pagó en septiembre y diciembre de 2016, así como en abril y junio de 2017 (fls. 182 y 183), haciendo claridad que el pago de febrero de 2015 según la documental folio 131 corresponde a los mes de octubre a diciembre de 2014, fecha para la cual se expuso no estaba acreditada que las bonificaciones eran salario. En consecuencia, le asiste razón al Juez de Primera Instancia en ordenar el pago de aportes a seguridad social en pensión teniendo en cuenta tal factor, con excepción del periodo de febrero de

2015, sin embargo, y como quiera que ello no fue objeto de apelación por parte de la demandada, no se revocará, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus.*

En cuanto al salario, tenemos entonces que el salario de febrero de 2015, septiembre y diciembre de 2016, y abril y junio de 2017, ascendían a las sumas de $15'129.458, $17'095.100, $17'095.100, $17'922.499 y $18'462.706, respectivamente, por manera que, en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esto es, que las cotizaciones a seguridad social en pensiones se hace sobre el 70% del salario, tenemos que se debió aportar teniendo como ingreso base de cotización, $10'590.620, $11'966.570, $11'966.570, $12'545.749, y $12'923.894; mismos valores que impuso el *A quo,* por lo que se confirmarán.

En relación con las vacaciones, aparece acreditado que se pagó para 2015, 2016, y 2017, las sumas de $4'244.870, $4'137.000, $12'038.670 (las que estaban compensadas de periodos anteriores), respectivamente, para un total de $20'420.540 (fls. 164 y 181 a 183). Ahora bien, por tales periodos se debió pagar las sumas de $4'447.006,67, $5'482.822,92, y $3'467.454,86, para un total de $13'397.284,44, por manera se entiende que se pagó la totalidad de las vacaciones, más aún si se tiene que con la liquidación final de prestaciones sociales se plasmó el pago compensado de las que hacían faltan, por lo que, en tal sentido se considera acertada la absolución dictada por el *A quo* sobre tal tópico. Las operaciones de rigor pueden ser observadas en el siguiente cuadro:

				Año 2015			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	6.670.510,00	222.350,33	$ 6.670.510,00		
01/02/15	28/02/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/03/15	31/03/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/04/15	30/04/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/05/15	31/05/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/06/15	30/06/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/07/15	31/07/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/08/15	31/08/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/09/15	30/09/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/10/15	31/10/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/11/15	30/11/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
01/12/15	31/12/15	30	9.096.150,00	303.205,00	$ 9.096.150,00		
Total días		360			$ 106.728.160,00	$ 296.467,11	$ 8.894.013,33

				Año 2016			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	6.164.170,00	205.472,33	$ 6.164.170,00		
01/02/16	29/02/16	30	9.732.900,00	324.430,00	$ 9.732.900,00		
01/03/16	31/03/16	30	9.732.900,00	324.430,00	$ 9.732.900,00		
01/04/16	30/04/16	30	9.732.900,00	324.430,00	$ 9.732.900,00		
01/05/16	31/05/16	30	10.322.180,00	344.072,67	$ 10.322.180,00		
01/06/16	30/06/16	30	10.342.500,00	344.750,00	$ 10.342.500,00		
01/07/16	31/07/16	30	10.342.500,00	344.750,00	$ 10.342.500,00		
01/08/16	31/08/16	30	10.342.500,00	344.750,00	$ 10.342.500,00		
01/09/16	30/09/16	30	17.095.100,00	569.836,67	$ 17.095.100,00		
01/10/16	31/10/16	30	10.342.500,00	344.750,00	$ 10.342.500,00		
01/11/16	30/11/16	30	10.342.500,00	344.750,00	$ 10.342.500,00		
01/12/16	31/12/16	30	17.095.100,00	569.836,67	$ 17.095.100,00		
Total días		360			$ 131.587.750,00	$ 365.521,53	$ 10.965.645,83

				Año 2017			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/02/17	28/02/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/03/17	31/03/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/04/17	30/04/17	30	17.922.499,00	597.416,63	$ 17.922.499,00		
01/05/17	31/05/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/06/17	30/06/17	30	18.462.406,00	615.413,53	$ 18.462.406,00		
01/07/17	31/07/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/08/17	31/08/17	30	11.169.900,00	372.330,00	$ 11.169.900,00		
01/09/17	08/09/17	8	11.169.900,00	372.330,00	$ 2.978.640,00		
Total días		248			$ 106.382.945,00	$ 428.963,49	$ 12.868.904,64

	SALARIOS	
1/01/2015	31/12/2015	$ 8.894.013,33
1/01/2016	31/12/2016	$ 10.965.645,83
1/01/2017	8/09/2017	$ 12.868.904,64

VACACIONES		
2.015	15,00	$ 4.447.006,67
2.016	15,00	$ 5.482.822,92
2.017	8,08	$ 3.467.454,86
TOTAL		$ 13.397.284,44

Pago del segundo y tercer trimestre de la remuneración integral variable

El otro si del 01 de enero de 2015 al contrato de trabajo establece que el pago de la remuneración integral variable depende de las modalidades, cuotas, valores, y forma de percepción que mensual, bimestral, trimestral, semestral o anualmente se señalaran mediante comunicaciones, cartas, o circulares (fl.130). Asimismo, en los medios de almacenamientos de folios 286 y 354, en las cartas del 08 de enero de 2015 y 2016, se dispone que la remuneración variable integral se reconoce por el cumplimiento de metas; y en el esquema de medición de *traders* 2017 se determina que no hay lugar a ellos cuando se superan los cupos o límites, y que mínimo se debe cumplir el 100% de las metas, pues a partir de allí se pagaran valores adicionales cuando se alcance el 115%, 130%, 150%, o más de éste último porcentaje (fls. 356 a 364).

Por tanto, para establecer si hay lugar a su pago era menester demostrar su causación, no obstante, no existe prueba del cumplimiento de metas, y por el contrario lo que se avizora es que en dichos periodos se efectuó la venta de unos títulos PEI que no estaban autorizados por la Junta Directiva ni por el Comité de Inversiones de la empresa, como se verá más adelante en el acápite de indemnización por despido sin justa causa. Así, se considera acertada la absolución por este concepto.

Retención de salario por concepto de medicina prepagada

A folio 354 obra medio de almacenamiento donde se puede observar que el actor se afilió voluntariamente el 01 de julio de 2017 a Colmedica Medicina Prepegada y que autorizó que se realizaran los correspondientes descuentos por nómina (fl.253), los que no realizaron durante los meses de julio, agosto, y septiembre de 2017 (fl. 183), por lo que en tal sentido las tres unidades descontadas que aparecen en la liquidación al contrato de trabajo, se consideran ajustadas a derecho.

Por otra parte, debe anotarse que en dicho medio de almacenamiento también obran cartas del 08 de enero de 2015 y 2016, donde se establece que la empresa paga

un subsidio por concepto de medicina prepagada a favor de sus trabajadores, no obstante, no aparece demostrado a cuanto corresponde y en qué condiciones se pagaba el mismo, para establecer si hubo una deducción indebida. Por tanto, y dado que el Juez de Primera Instancia frente a este concepto dictó sentencia absolutoria, tal decisión se confirmará.

Indemnización por despido sin justa causa

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 24 de julio de 2013, Rads. 36572, y 34260, así como en la SL1680-2019, ha establecido que le corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador acreditar la justa causa de este.

En el caso objeto de estudio, se encuentra que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación del vínculo visible a folios 152 a 155, en la que se dispuso que el motivo que daba origen a tal decisión era que el accionante había incumplido con la instrucción impartida por el Comité de Inversiones, quien indicó que la vocación de los títulos PEI (Títulos Participativos Patrimonio de Estrategias inmobiliarias) era de permanencia, no de rotarlos o hacer *trading* con ellos, no obstante el accionante procedió a venderlas; que pese a que se excusó el anterior actuar en la normalización del VAR (valor en riesgo), en la primera transacción se desconocía que se estaba próximo al límite de ésta, y con posterioridad a la normalización, dichas operaciones continuaron; que no se obtuvo autorización previa para realizar las operaciones ni se informó al jefe inmediato; y que lo anterior, implica un incumplimiento grave al reglamento de trabajo, código de conducta.

Al punto, es necesario precisar que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que para establecer que, si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y SL2123-2020.

Del mismo modo, se destaca que, en relación con el debido proceso para llevar a cabo un despido, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, tal derecho según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, por ello, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir. Al punto, se aclara que, en sentencia C-593 de 2014 las etapas que se establecen son las de un procedimiento disciplinario, empero como se dijo, el despido no es una sanción disciplinaria.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que al momento de llevarse a cabo un despido el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, como quiera que, el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, garantías que según la sentencia SL2351-2020 se pueden resumir así:

a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos; lo que es un desarrollo del artículo 66 del CST.
b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
e) En cuanto a la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que se precisó que, no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador, pues esta se cumple cuando el trabajador de cualquier forma tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo.

Aclarado lo anterior, encontramos que, en el contrato de trabajo de folios 114 a 116 no se plasmó un procedimiento disciplinario para llevar a cabo la terminación de la vinculación del accionante. En lo que respecta al Código de Conducta y al Reglamento Interno de Trabajo, éstos se aportaron a folios 147 a 238 y 265 a 276, remiendo el primero al segundo frente al régimen sancionatorio, estableciendo éste en el parágrafo del artículo 67, que el despido no es sanción disciplinaria.

Acorde a lo dicho, y dado que se encuentra acreditada la carga probatoria del accionante se procede a verificar si está demostrada que los motivos que llevaron a la terminación del vínculo laboral constituyen justa causa.

Al respecto, encontramos que el accionante fue vinculado para desempeñar el cargo de *trader* (fls. 114 a 116); y que tenía como función principal la de realizar la negociación y cierre de operaciones de tesorería en moneda legal y/o extranjera con el fin de maximizar la rentabilidad de las inversiones y realizar un manejo eficiente

del portafolio, y la liquidez acorde con el nivel de riesgo autorizado por la entidad, respetando los límites y cupos definidos para su gestión (fls. 135 y 136).

Igualmente, se encuentra dentro del Manual de Conducta, en el literal b) del numeral 2.1, que el trabajador debe informar oportunamente a su superior sobre todo hecho que atente contra los procedimientos internos de la compañía (fls. 265 a 275).

Ahora bien, en diligencia de descargos el demandante señaló que propuso la decisión adoptada por el Comité de Riesgos e Inversiones consignada en el Acta N° 69 del 01 de mayo de 2017; que la propuesta consistió en invertir lo que no significaba que no se pudiera buscar la mejora de los precios y rentabilidades, a pesar de que sobre lo que recaía tal inversión tenía vocación de permanencia; que las primeras operaciones de venta se realizaron por cuanto el límite del VAR alcanzó un nivel del 99,7%, debiendo estar en un 80%, con lo que se procedió a realizar de títulos PEI; que las operaciones de trading consisten en comprar y vender, y que en la inversión se puede hacer venta siempre y cuando se esté frente a un título negociable; que no debía solicitar autorización, ya que cuando se produce una alarma en el *middle office* en el VAR, para mitigarla, no es necesario; que sí realizó venta de títulos PEI, señalando que la autorización está dada de conformidad con la operación de la empresa (fls. 144 a 149).

Por tanto es claro que el actor sí realizó las operaciones que se le imputan, de modo que se hace necesario determinar si como él señala en su diligencia de descargos, esto era algo propio de sus funciones, o se extralimitó en ellas, y con ello, incumplió gravemente con sus obligaciones como trabajador.

Al punto, encontramos los descargos de Juan David Quintero, *trader* de la demandada y quien también desplegó las mismas operaciones del actor, venta de títulos PEI. Dicho trabajador si bien negó los cargos que se le imputaron, expresó que el Comité de Riesgos e Inversiones hace recomendaciones de inversión que no necesariamente tienen vocación de permanencia a menos que sean para cubrir una reserva matemática de la compañía (fls. 149 a 151).

Por otra parte, a folios 156 a 162 se encuentra el informe de operaciones de los títulos PEI, en los que se estableció que la recomendación era invertir en ellos, en un monto de hasta $40.000'000.000 para riesgos laborales, y de $20.000'000.000 para personas; que no había autorización de venta de los títulos PEI adquiridos; que conforme a la política SARM es al *middle office* ante las alarmas del VAR, quien debe sugerir la adopción de operaciones para mitigarlas y realizar las evaluaciones correspondientes que sean solicitadas por la Vicepresidencia Financiera; y que según el Manual de Mecánica Operativa cuando en el VAR se sobrepasan los límites, éste tiene un procedimiento específico.

Para verificar lo expuesto en tal informe la Sala se remite al Acta 69 del Comité de Riesgos e Inversiones, documento que dispone expresamente que la propuesta fue

"invertir en el Patrimonio de Estrategias Inmobiliarias, un monto de hasta $40.000 millones para Riesgos Laborales y $20.000 millones para Personas"; en la rentabilidad se calculó teniendo en cuenta la valorización de los inmuebles y la distribución de los arriendos en un horizonte de 10 años; y en la recomendación realizada a la Junta Directiva se lee *"el Comité de manera unánime recomienda a la Junta Directiva la operación, instancia a quien le corresponde aprobarla, y solicita que de ser aprobada, se compre en el mercado secundario para tener preferencia en la próxima emisión"* (Subrayado por la Sala. Fls. 242 a 255).

Igualmente, en el medio de almacenamiento de folio 286 se encuentra tanto el Manual de SARM como el Manual de Mecánica Operativa, que obra en el medio de almacenamiento de folio 286, en las que se verifica que en efecto, existe un procedimiento para mitigar el VAR cuando se está en valores cercanos al 80%, y que esto está a cargo del *Middle Office.*

Así las cosas, lo que se puede extraer es que si bien el cargo que desempeñaba el actor de *trader*, permitía que él efectuara negociaciones y/o cierre de operaciones con el fin de maximizar la rentabilidad de las inversiones y realizar un manejo eficiente del portafolio, lo que en principio permite comprar o vender, lo cierto es que, ello debía estar acorde con el nivel de riesgo autorizado por la entidad. En ese orden, y como quiera que del Acta 69 se puede establecer que lo que se discutió fue la posibilidad de invertir en títulos PEI, lo que en un análisis integral del acta, se refería a compra, por ello la disposición de valores en $40.000'000.000 en riesgos laborales, así como de $20'000.000.000 en personas para seguros, así como la aludida expresión "*se compre en el mercado secundario para tener preferencia en la próxima emisión*".

En igual sentido, en el Acta N° 334 de la Junta Directiva lo que se estableció fue "Aprobar la inversión en títulos participativos del patrimonio autónomo "Estrategias inmobiliarias", en las condiciones presentadas por un monto de hasta $40.000 millones para los portafolios de Riesgos Laborales y hasta por $20.000 millones para los portafolios de seguros de personas" (fls. 404 a 406).

Lo anterior cobra más fuerza si se tiene cuenta las declaraciones de testigos que comparecieron a juicio, ya que, Luz Marina Lacouture, Alma Rocío Ariza Fortich, Víctor Alejandro Medellín Rivera, y Jairo Vanegas Díaz, fueron contestes en señalar:

- La función principal del portafolio de inversiones es respaldar las reservas técnicas de la compañía, esto es, los pasivos que se tienen con los afiliados en riesgos laborales y los asegurados en riesgos de personas, por lo que, la política se sustenta en el calce de estos pasivos con el portafolio, siendo labor principal del *front office* que se cumpla ese mandato.
- El Comité de Riesgos e Inversiones aprueba, modifica, e instruye la estrategia de inversión.
- La misión principal del *trader* es ejecutar esa estrategia

- Lo que se propuso fue la inversión de $60.000'000.000 en títulos participativos PEI para respaldar con $40.000'000.000 las reservas de riesgos laborales y con $20.000'000.000 las reservas de seguros de personas.
- La propuesta nación de los *trader*, por lo que ellos conocían de su finalidad.
- Los títulos PEI son escasos en el mercado.
- La vocación de los títulos PEI fue de permanencia, sin que se enmarcara como portafolio de *trading*.
- El actor inició la compra de títulos PEI, pero también efectuó su venta sin autorización de un superior.
- La venta genera un desequilibrio financiero en cuanto al calce de reservas, al no contarse a futuro con éstas.

Así mismo, es menester aclarar que el incumplimiento en el que incurrió el accionante fue por no acatar las directrices dadas por sus órganos superiores, pues si bien los testigos en mención no desconocieron que se trataban de títulos negociables, sí existía un mandato de sus superiores jerárquicos, de que permanecieran en la compañía para soportar sus reservas, sin que en ningún momento se encuentre que se condonaron tal comportamiento, pues según el testigo Jairo Vanegas Díaz se le pidió a éste último un informe y luego, de éste, que data del 27 de agosto de 2017, se llamó al trabajador demandante a descargos.

Así las cosas, está acreditada la justa causa de la terminación del contrato del accionante, al existir un incumplimiento grave en sus obligaciones, pues desatendió lo que se había establecido por parte de sus órganos superiores, quienes únicamente aprobaron la compra de títulos PEI para respaldar reservas de obligaciones que pudieren surgir en riesgos laborales y seguros de personas, por demás que, si lo que se quería con ello, era disminuir el porcentaje del VAR, como quedó visto, éstos tenían un procedimiento que estaba a cargo iniciarlo por parte del *Middle Office*.

Conforme a lo expuesto, se confirmará la absolución de este concepto.

Estabilidad laboral reforzada. Indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de Seguridad Social cubre, pues su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, y que se deben reunir tres requisitos para la aplicación de tal norma: a) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; b) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, c) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL15038-2016).

Posteriormente, dicha corporación a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina expuesta, para señalar que *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz.

Bien, como quedó visto el despido del trabajador demandante obedeció a las operaciones que realizó en la venta de títulos PEI sin la autorización de sus órganos superiores, por lo que no se podría en tal orden de ideas reputar ineficaz el despido cuando éste obedeció a causas distintas a la limitación física que pudiere tener el trabajador.

Indemnización moratoria

Según los lineamientos del artículo 65 del CST, únicamente opera ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, no obstante, en el asunto no se impuso condena por tales conceptos, por manera que se confirmará su absolución.

Perjuicios morales

En la medida que se solicitó con ocasión al despido del accionante, el que a juicio de esta Corporación fue con justa causa, se considera que no hay lugar a su reconocimiento.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- **CONFIMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Derzus Kazim Sánchez Rozo en contra de Compañía de Seguros de Vida Colmena S.A.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $ 450 000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

268

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las demandadas Porvenir y Colpensiones y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de enero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CUELLAR promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" o ineficacia del traslado de régimen que realizó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, así mismo, depreca que se declare que siempre ha permanecido en el RPM y que es beneficiaria del régimen de transición.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el traslado de los aportes realizados por la actora del RAIS al RPM.

Se erige la demanda y de forma principal, en la información que el fondo privado NO le brindó, por lo cual, la decisión de trasladarse de régimen no fue una decisión informada, autónoma y consciente.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indica que, el traslado de la demandante se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar ello.

Adujo que, se observa que para la fecha en que la accionante solicitó el traslado de régimen, esto es el 08 de octubre de 2017, contaba con 59 años y, como quiera que no contaba con 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, su traslado al RPM resulta improcedente.

Menciona que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado de pensiones, es decir, no existió injerencia alguna por parte de esta entidad para que la hoy demandante tomara la decisión de trasladarse, por lo que Colpensiones no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información de la AFP.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción.

Narra, en síntesis, que el traslado efectuado por el demandante a esa entidad se realizó en virtud de la voluntad libre, espontánea y sin presiones que realizó al momento del surgimiento del cato jurídico de afiliación y que están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción); adujo, en síntesis, que la demandante ha estado afiliada con diferentes

administradoras del régimen de ahorro individual, por tanto, conoce cómo opera el RAIS.

Menciona que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, situación que quedó demostrada con la suscripción del formulario de afiliación, donde dejó constancia que su afiliación fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Indica que, como principio procesal la demandante debe probar el supuesto engaño u omisión de la información, sin que en el presente caso la accionante aporte alguna prueba tendiente a demostrar tal afirmación, además, que la parte demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa entidad y en caso de referirse a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 del Código Civil no produce vicio en el consentimiento y en caso de referirse a un error de hecho, por virtud del artículo 1510 ibídem, solo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la parte demandante y Colfondos, ya que la señora Martínez Cuellar sí pretendió afiliarse al fondo de pensiones del RAIS.

Finalmente dijo que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación de la demandante se encuentra viciada de nulidad relativa, cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de la señora María del Carmen Martínez Cuellar quien se identifica con la cédula número 51.603.084 de Bogotá del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías identificada con el NIT 800149496-2 realizado el 15 de enero del año 1997 y la posible afiliación a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de NIT 800144331-3 realizada el 01 de febrero del año 2005, conforme a lo conciliado a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante María del Carmen Martínez Cuellar de cédula número 51.603.084 de Bogotá al régimen de prima media con prestación definida administrada por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES del 01 de enero del año 1977 hasta la actualidad como si nunca se hubiere trasladado y por los mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conforme a lo expuesto por la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de NIT 800144331-3 a devolverle a la

221

Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora María del Carmen Martínez Cuellar de cédula número 51.603.084 de Bogotá, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y comisiones u sin descontar gastos de administración con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

En síntesis, indica que, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tratándose de los traslados de regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento deben garantizar una información que sea libre y voluntaria, con la información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, es decir, describiendo las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, implicando una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adujo que, la afirmación del afiliado de no haber recibido la información clara, completa, veraz y verdadera, corresponde a un supuesto negativo que sólo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones, mediante prueba que acredite que cumplió con esa obligación.

Refiere que esa posición no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición, pues conforme la jurisprudencia, el deber de buen consejo no solo surge cuando los afiliados pertenecen al régimen de transición.

Menciona que, en este caso Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda, con lo cual aceptó que no le brindó a la demandante la información al momento de su traslado y, si bien Porvenir S.A. y Colpensiones se opusieron a las pretensiones de la demanda, debe pensarse que las administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar que la afiliación de la accionante fuera libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permitiera a la afiliada elegir entre las distintas opciones del mercado, por lo que estas últimas entidades también tenían la obligación de información, situación que no fue acreditada en el plenario.

Concluye haciendo referencia a la excepción de prescripción, la cual declara no probada ya que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional es imprescriptible, al tratarse de una pretensión que forma parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

4. Argumentos de los recurrentes

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., adujo que, respecto al consentimiento informado, quedó documentalmente probado que la demandante suscribió el formulario de afiliación a esta entidad en forma completamente voluntaria, sin ningún tipo de presión o coacción y en el mismo reitera haber sido asesorada suficientemente.

Con relación al formulario suscrito por la accionante al momento de efectuar su vinculación, este se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto, conforme las disposiciones normativas vigentes al momento en que efectuó el traslado entre administradoras.

Indica que las normas vigentes al momento de la suscripción del formulario de afiliación, no obligaban a conservar evidencia escrita alguna respecto de las asesorías prestadas y es por ello que no obra documento que pruebe que a la demandante se le brindó asesoría, máxime porque las mismas eran de carácter verbal. Por ello, no puede exigírsele a las administradoras del RAIS que demuestren circunstancias sobre las cuales no existía obligatoriedad al momento de efectuar el traslado, las cuales son responsabilidad de la parte que solicita una afiliación y quien ratifica su decisión de afiliación al momento de imponer su firma en señal de aceptación en el formulario.

Refiere que el Decreto 2555 del 2010 establece el deber de consejo e información al consumidor financiero, obligación que fue cumplida a cabalidad por Porvenir S.A., además, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada no se observa que haya elevado solicitudes o haya realizado manifestaciones de inconformismo respecto de sus condiciones o expectativa pensional.

En cuanto a la ineficacia, menciona que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos que atentan contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o impidan dicho derecho, es decir, es tan ineficaz que si se refiere a actuaciones dolosas las cuales ni se alegan ni se acreditan en este proceso.

Dice que, ante la existencia del mencionado evento, no es susceptible por vía analógica presumir o encajar a la fuerza supuestos de hecho que no se adecuen al expresamente previsto en la norma, por lo que al no estar configurados los supuestos de hecho exigidos por el mentado artículo 271, cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de voluntad como los que se alegan en la demanda, deben entenderse como una nulidad relativa, respecto de la cual operan las condiciones de ratificación, la cual ha sido absolutamente manifiesta, pues la demandante ha permanecido por más de 16 años afiliada al régimen y ha efectuado sus cotizaciones de manera continua e ininterrumpida.

Destaca que, en este evento sí opera la prescripción dispuesta en el artículo 1750 del Código Civil, teniendo en cuenta que la pretensión principal de la demanda resulta ser la nulidad de un acto jurídico y no puede compararse con la imprescriptibilidad de derecho a la seguridad social con ciertos actos y prestaciones asociadas a la misma.

Indica que la accionante es una persona que goza de una capacidad cognitiva para entender con absoluta claridad lo que se le explicó al momento de brindarle asesoría, resultando poco creíble que después de 16 años manifieste desconocer las circunstancias propias del régimen.

Concluye aduciendo que no resulta oportuno condenar a esa entidad a la devolución de los gastos de administración y seguros de invalidez y sobreviviente, ya que es en virtud de la ley que se efectúa ese descuento.

223

Por su parte, **Colpensiones** adujo que, en principio la ley y sus operadores están sometidos a ciertos principios y normas que regulan esta actividad y en tal sentido destaca que la seguridad jurídica que pregona el Estado y el principio de legalidad, nos dice que limita y somete el ejercicio del poder público a la ley, es decir, las decisiones que adopten las autoridades y las gestiones que estas realicen están subordinadas a lo previsto en la Constitución y la ley vigente al momento del acto que se está tendiendo en cuenta en el presente asunto.

En tal sentido, aduce, para los años 1997 y 2005, se acreditaba la voluntad del suscriptor, esto es, el formulario confirmaba la voluntad del afiliado del traslado de régimen y con ello se acreditaba todos los requisitos para que tuviera plena validez ese traslado en ese momento, por ello, no se entiende como la decisión se basa en una jurisprudencia del año 2019 y no se basa en la normatividad y jurisprudencia de la época del traslado.

Aduce que este tipo de decisiones pone en riesgo la sostenibilidad del sistema financiero, tema sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y C-662 de 2010. En tal sentido, la demandante estuvo por fuera del régimen de prima media por más de 20 años y al pretender regresar descapitalizaría el sistema.

En caso de que se mantenga la decisión, solicita se adicione el numeral tercero de la parte resolutiva en el sentido de que Colfondos también devuelva todos aquellos descuentos que se hicieron en su momento a la accionante durante el tiempo que esta estuvo vinculada a dicha AFP, toda vez que la ineficacia retrotrae todo a su estado inicial.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre del año 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y las demandadas Porvenir y Colpensiones, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

224

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 15 de enero de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. (fl. 174) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter

275

profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

276

el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información

debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

---

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

278

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 174 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Y es que, a juicio de esta Sala, como lo pregona la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la obligación de información a cargo de las administradoras se estableció desde la misma creación de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la sentencia SL 1452 de 2019 (rad. 68852), rememorando la SL 12136 de 2014, expuso:

"(...) En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse <que 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 SL 12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero", aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades 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>.

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones 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. (...)"

Así las cosas, desde la misma Ley 100 de 1993 se encontraba vigente la obligación de información de las administradoras de pensiones para con sus afiliados o posibles afiliados, y como quiera que el traslado de la accionante acaeció en el año 1997 era obligación, en este caso de Colfondos S.A., brindarle toda la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la parte pasiva en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado

28C

demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, por lo que no era necesario probar alguno de los vicios del consentimiento en este caso y tampoco era posible convalidar o ratificar el traslado de la demandante por el paso del tiempo, tal y como lo señala la providencia en mención o el traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la descapitalización del fondo y el riesgo de la sostenibilidad del sistema, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del*

régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

De otro lado, frente a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

282

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada promovida por la señora Imelda Torres Oliveros en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MÓNICA YORLENY GUTIÉRREZ promoviese contra GIMNASIO CAMPESTRE MARIE CURIE SAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo del 13 de marzo de 2014 al 02 de junio de 2015; y que su despido fue ineficaz al ser despedido por su estado de salud. Como consecuencia de lo anterior, solicita reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social en salud y pensión dejados de percibir; indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1991; y sanción por no consignación de las cesantías.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el despido que acaeció sobre el accionante, pese a que se encontraba recibiendo tratamiento médico por patologías tales como, Tenosinivitis de Quervain Mano Derecha e Izquierda, Tendinitis de Flexo Extensores Bilateral, Epicindilitis Medial Bilateral, Bloqueo Parcial en los Codos de Nervios Cubitales por Electrodiagnóstico, desde diciembre de 2013.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Expuso, en síntesis, que la terminación acaeció como expiración del plazo del contrato a término fijo.

Indicó que, nunca fue expedida ni allegada a la hoja de vida certificación por incapacidad médica que diera conocimiento de la enfermedad que padecía la actora.

Finalizó señalando que, no existe prueba fehaciente que de cuenta de la situación de discapacidad de la demandante.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que está demostrado que el contrato de trabajo existente entre las partes fue a término fijo y por el periodo académico de 2014, sin que aparezca prueba de la existencia de la relación en 2015.

Adujo que, está acreditado que la demandante desde diciembre de 2013 presenta patologías Tenosinivitis de Quervain Mano Derecha e Izquierda, Tendinitis de Flexo Extensores Bilateral, Epicindilitis Medial Bilateral, y Bloqueo Parcial en los Codos de Nervios Cubitales por Electrodiagnóstico, lo que también se evidencia en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, donde se determinó una pérdida de capacidad laboral del 18,70% con fecha de estructuración 13 de julio de 2018.

Agregó que, en agosto de 2014 se realizó valoración al puesto de trabajo de la accionante para definir los origines de los padecimientos sufridos por ella, presentando túnel del carpo, síndrome de manguito rotador derecho, y síndrome de quervain derecho.

Concluyó señalando, que pese a lo anterior no es posible atribuirle a la demandada que el motivo por el cual finalizó el contrato laboral fue con ocasión a la salud de la actora, dado que la duración del contrato de trabajo era definida, de 10 meses de año escolar como docente, y que no aparece que, para mayo de 2015, hubiese sufrido accidente laboral, por demás que, tal vinculación finalizó por expiración del plazo fijo pactado, que se entiende de conformidad con el artículo 101 del C.S.T que es por el año lectivo.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que si bien es cierto la actora tenía un relación como docente, también lo es que presentaba una protección por estabilidad laboral reforzada, por lo que, no podía terminar su contrato de trabajo sin permiso previo del Ministerio del Trabajo, de modo que se debe declarar ineficaz el despido y como consecuencia el reintegro con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 08 de junio de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, sin que fuera utilizado este mecanismo por los apoderados de las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿La accionante estaba al momento de su despido de estabilidad laboral reforzada con ocasión de su estado de salud?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Estabilidad Laboral Reforzada. Ley 361 de 1997

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de Seguridad Social cubre, pues su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, y que se deben reunir tres requisitos para la aplicación de tal norma: a) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; b) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, c) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL15038-2016).

Posteriormente, dicha corporación a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina expuesta, para señalar que *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»*, por lo que, en ese

entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz.

De igual manera, a partir del 10 de junio de 2011, se avino una nueva realidad normativa con la entrada en vigor de la Convención Sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019); instrumento internacional que abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en la que era asimilada a una enfermedad o imperfección de la persona que era necesario corregir.

Así, se implementó el denominado "modelo social", conforme al cual, la discapacidad no se encuentra en el individuo sino por fuera de él, concretamente, en la sociedad, de ahí que la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De esta manera, señala la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral que, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, quedó sin sustento la doctrina erigida sobre el concepto de persona *limitada* que originalmente traía el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y de contera, la construcción jurisprudencial que al respecto se hizo sobre los grados de limitación contenidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, ya derogado.

Por lo anterior, a la hora de establecerse si un trabajador es beneficiario de la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, nada tiene que ver el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que llegue a tener, porque la Convención, ni la Ley 1618 de 2013, comprenden al ser humano de esa manera.

Por tanto, si un trabajador padece una deficiencia mental o física que le impide sustancialmente el desempeño de sus funciones, en igualdad de condiciones con los demás, se encuentra en situación de discapacidad, independientemente de que tenga o no un dictamen de pérdida de capacidad laboral en firme, o del porcentaje con el que haya sido calificado, Al respecto, también se pueden consultar las sentencias SL2841-2020, SL3488-2020, SL3911-2020, SL2586-2020, SL4113-2020, entre otras.

El anterior entendimiento, es acorde con la sentencia SU-049 de 2017 de la H. Corte Constitucional, quien ha expuesto que es dable amparar el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que

acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares

Aclarado lo expuesto, es necesario advertir que únicamente obra prueba de que a la actora le fue finiquitado su vínculo laboral el 21 de noviembre de 2014, esto es, al expirar el periodo académico 2014, según se colige del interrogatorio de parte del representante legal de la demanda y del contrato de trabajo visible a folios 14 a 18, como quiera que ambos medios probatorios son coincidentes en estipular y/o señalar tal data como de finalización del contrato de trabajo, sin que se hubiese acreditado una fecha distinta. Así, el asunto se estudiará con la nueva realidad aludida.

Al punto, se avizora que, desde noviembre de 2013, la accionante ha sido objeto de terapias y de medicación, al presentar un diagnostico de Tenosinovitis de Quevain (fls. 130 a 140 y 151 a 153), resaltándose que, en el examen físico general del 04 de abril de 2014, y la consulta externa del 03 de abril del mismo año, se da cuenta que padecía además de la Tenosinovitis de Quervain Bilateral, Epicondilitis Media Bilateral, y Tenosinovitis de Flexo Extensores de Carpo Bilateral (fls. 31 a 33), lo que ha sido objeto de padecimiento por ella tal y como dan cuenta las documentales de folios 29, 30, 100 a 119, 141 a 143, 154 a 319.

Ahora bien, por lo anterior, EPS Famisanar el 10 de abril de 2014 solicitó a la actora documentación para calificar el origen de sus patologías (fl.35), y el 15 del mismo mes y año, comunicó al demandado que iniciaría un proceso de calificación de origen, para lo cual entre otros documentos solicitó un análisis de puesto de trabajo (fls. 26 a 28); evaluación ergonómica de puesto de trabajo que fue realizada el 05 de agosto de 2014, en la que se establece que, las condiciones en las que la accionante prestaba sus servicios eran favorables, y que ninguna de sus actividades sobrepasaba los límites de referencia (fls. 69 a 86). De esta manera, EPS Famisanar profirió su dictamen señalando que el origen de la patología de la actora era común y que presentaba un diagnóstico de Tenosinovitis de Quervain Bilateral, Epicondilitis Media Bilateral, y Tenosinovitis de Flexo Extensores de Carpo Bilateral (fls. 19 a 25).

En igual sentido, mención especial merece el formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de folios 336 a 340, en la que se estableció una pérdida de capacidad laboral del 18,70% con fecha de estructuración 13 de julio de 2018, donde se determina que sus dolencias surgieron desde que prestaba sus servicios como docente a la demandada.

Al punto, se aclara que, se ha admitido la historia clínica como prueba calificada máxime cuando se tiene certeza de su procedencia (sentencia SL1292-2018, SL4078-2019), y que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne, de modo que puede ser controvertido ante los jueces del trabajo (sentencia del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018), por demás que, en la citada sentencia SL2586-2020, se determinó que

de permitirse la anterior solemnidad su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad "*que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral*".

Conforme a lo expuesto, es dable considerar que al ser el actor tratado por una lesión que le generó una pérdida de capacidad laboral del 18,70%, su despido puede representarle una imposibilidad para que participe efectivamente en la sociedad, a causa de sus limitaciones o deficiencias del entorno social.

Ahora bien, encontramos que la accionada sustenta la terminación del contrato de la accionante en la expiración del periodo académico de conformidad con el artículo 101 del CST, respecto de lo que habrá de tenerse en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2586-2020 reiterada en la SL3125-2020 adujo que para que se pueda tener por objetiva una causal de terminación la expiración de un plazo es necesario que se descarte cualquier sesgo discriminatorio, pues no basta con exhibir el advenimiento del plazo pactado, sino que debe el llamado a juicio debe probar que *"la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato"*.

De esta manera, y como quiera que la actividad de docente hace parte del objeto social de la demandada según certificado de existencia y representación legal de folios 10 a 13, así como por la gravedad del padecimiento de la actora sería dable presumir que su despido fue con ocasión de su estado de incapacidad, sino fuera porque se carece una prueba que realmente nos de cuenta del conocimiento que tenía el empleador de su estado de salud, lo que no permite inferir que obró con algún tipo de sesgo discriminatorio.

En efecto, en interrogatorio de parte el representante legal de la demandada se limitó a expresar que conoció de algunos malestares de su trabajadora, y que nunca ella le puso de presente de manera formal su situación. Asimismo, el análisis de puesto de trabajo no resulta ser prueba fehaciente que, de cuenta del conocimiento del empleador en relación con la situación de salud de la trabajadora, pues si bien se realizó en las instalaciones de la demandada, se da cuenta de una sintomatología, ésta no se específica, y no se tiene certeza cuando los resultados fueron puesto a su disposición, por demás que al momento de notificarse por parte de la EPS la práctica de tal análisis, no se le informó acerca de las patologías de la accionante.

Así las cosas, y dado que se carece de prueba acerca del conocimiento del empleador, es posible considerar que el contrato finiquitó con ocasión a la expiración del periodo académico de 2014, y en consecuencia, se considera por las razones expuestas acertada la decisión tomada por el Juez de Primera Instancia, por lo que la sentencia impugnada se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000 = a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada sustanciadora

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de Colpensiones, y se estudia en GRADO JURISDICCIONA DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de mayo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ANA ISABEL CALDAS promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 18 de mayo de 1995, debidamente indexada.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la existencia de una unión marital de hecho entre la actora y el señor Pedro Pablo García Salamanca desde el 27 de noviembre de 1981 hasta el 18 de mayo de 1995, fecha de fallecimiento de éste último, así como en las cotizaciones efectuadas por el causante acumulando un total de 247,43 semanas.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que efectuada la correspondiente investigación administrativa se pudo constatar que no se acreditó el requisito de la convivencia.

Señaló que, no se cumplen con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original en cuanto que se deben acumular 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento del causante.

Finalmente indicó que, no hay lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como quiera que, el causante no acumula 300 semanas antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 ni 150 en los últimos seis años.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en virtud de la condición más beneficiosa en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con ocasión al fallecimiento del señor Pedro Pablo García Salamanca.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes a favor de la actora en calidad de compañera permanente con ocasión al fallecimiento del señor Pedro Pablo García Salamanca, pensión de sobrevivientes que lo será en cuantía del SMLMV ($616.000) mensuales, a partir del 11 de agosto de 2014 junto con los reajustes año por año, y la mesada adicional, debidamente indexada mes por mes hasta el momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE.

TERCERO. – **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones en su contra.

En síntesis, refirió que, la norma aplicable por datar el fallecimiento del señor Pedro Pablo García Salamanca de 1995, la Ley 100 de 1993 en su redacción original, para lo que era necesario acreditar 26 semanas dentro del último anterior al deceso, requisito que no se demostró, ya que tenía 6,86.

Adujo que, en virtud del principio de la condición más beneficiosa es posible considerar acreditado el requisito de semanas, ya que conforme a éste es dable acudir al Acuerdo 049 de 1990, norma que dispone que se debía haber cotizado un mínimo de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, encontrando durante tal lapso 205 semanas.

Indicó que, se encontró acreditado que el accionante tenía hijos, lo que permitía el reconocimiento prestacional según el artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990, por demás que con la prueba testimonial se demostró la convivencia por un término mínimo de 3 años anteriores al fallecimiento.

Agregó, que operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales anteriores al 11 de agosto de 2014, esto es, las causadas dentro de los tres años anteriores a la reclamación administrativa que data del 11 de agosto de 2017.

Señaló que, efectuada la correspondiente liquidación según el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que la mesada pensional corresponde a un salario mínimo legal.

Finalmente expresó que, no hay lugar a intereses moratorios ni costas, como quiera que su decisión se fundamenta en un criterio jurisprudencial, obrando el ISS de conformidad con lo estipulado en el ordenamiento legal.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, debe aplicarse minuciosamente la ley, pues conforme a Salvamento de Voto del Dr. Rafael Méndez Arango, quien en sentencia con radicado 15057 manifestó que se deben resolver los asuntos conforme a la ley, pues los jueces están sometidos al imperio de ésta.

Dijo que, de las pruebas arrimadas no se logra demostrar la convivencia, pues los testimonios son insuficientes para tal efecto, y las declaraciones extraprocesales no manifiestan los extremos de la convivencia, y otras son de 2017, esto es, de transcurridos más de 15 años desde el fallecimiento.

Finalmente, que se deben autorizar los descuentos de ley en caso de prosperar las pretensiones de la demanda.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, siendo presentados únicamente por el apoderado de Colpensiones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿La accionante es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Pedro Pablo García Salamanca, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa?, y ¿se encuentran acreditados los requisitos de ley para reconocer la pensión de sobrevivientes?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Condición más beneficiosa.

En el proceso no existe discusión, respecto a que el señor Pedro Pablo García Salamanca falleció el 18 de mayo de 1995, por demás que ello se acredita con el registro civil de defunción obrante a folio 23.

Ahora, es menester recordar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la cual dispone como requisitos, que el afiliado que se encuentre cotizando al sistema debe haber cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte, y que habiendo dejado de cotizar hubiere cotizado por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte; exigencias que no se acreditaron, en tanto que el causante no estaba cotizando, y al momento de su deceso, no acumula 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior, pues tan solo alcanza 6,86 semanas, según la historia laboral y la Resolución SUB 289258 de 2017 (fls. 41 a 44 y 48 a 57).

De esta manera, se hace necesario aplicar el principio de la condición más beneficiosa para determinar si se puede acceder a la pensión de sobrevivientes, para lo cual se estudiará el régimen anterior, es decir el Acuerdo 049 de 1990. De conformidad con la sentencia del 04 de diciembre de 2006, y 09 de julio de 2008, Rads. 28893, y 30581, respectivamente, se debe acreditar una de las dos hipótesis que contiene tal normatividad que en su literal b) del artículo 6°, al siguiente tenor, así. Para quien fallecen con anterioridad al 31 de marzo de 2000 las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo se deben haber satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; y en lo relativo a las 150 semanas aportadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, se debe contabilizar desde el 01 de

abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 01 de abril de 1988, en adición a que se debe alcanzar esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden el fallecimiento.

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300; 13 de marzo de 2012, Rad. 45418; 17 de abril de 2012, Rad. 43716; 28 de agosto de 2012, Rad. 41816; 30 de enero de 2013, Rad. 39012, Rad. 46633; 24 de junio y 05 de agosto de 2015, Rads. 48629 y 53438, respectivamente; 31 de agosto de 2016, Rad. 48725; 30 de agosto de 2017, Rad. 56429; y SL634-2020, SL4807-2020, y SL5147-2020, entre otras.

Descendiendo al caso de estudio, encontramos que el causante tenía 247,43 semanas cotizadas para el momento en el que entró a regir la Ley 100 de 1993, 01 de abril de 1994, por lo que no se acreditó el requisito de la primera hipótesis, según se extrae de las historias laborales de folios 41 a 44, de manera que resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa. En relación con el segundo requisito encontramos que, entre el 01 de abril de 1988 y el 01 de abril de 1994 acumula 212,57 semanas, y dentro de los seis años anteriores al fallecimiento tiene un mínimo de 171,57 semanas, de manera que, este requisito como lo explicó el *A quo* se encuentra debidamente acreditado. Así, se procede a verificar si se acreditó el requisito de la convivencia.

Pensión de sobrevivientes. Convivencia.

Al punto, es necesario poner de presente que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 02 de agosto de 2010 y 29 de noviembre de 2011, rads. 37908, y 44020, respectivamente, así como en las sentencias SL16899-2014 y SL11647-2014, ha señalado que *"no es cierto que en los eventos en que el fallecimiento del afiliado ocurra en vigencia del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, sin cumplir el requisito mínimo de semanas de cotización allí previsto, y que por excepción el operador judicial acuda al principio de la condición más beneficiosa y otorgue la prestación con base en los requisitos de cotización previstos en el régimen anterior, **esto se traduzca automáticamente en que para determinar la condición de beneficiario se acuda a dicho régimen, pues por ser excepcionalísima esa aplicación ultraactiva de la norma, las demás condiciones y requisitos de la prestación por regla general deberán ser determinados bajo la legislación vigente a la muerte. La aplicación del régimen anterior para efectos de la convivencia, ha sido aceptado por la jurisprudencia en situaciones muy especiales cuando se trata de trasmisión de derechos por la muerte de un pensionado por vejez o invalidez, que no es aquí el caso".***

Por tanto, la convivencia debe acreditarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, norma que tiene como requisito que se hubiere demostrado dos años de convivencia con anterioridad a la muerte, salvo que entre ellos hubieren procreados hijos; frente a este último aparte

la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL4099-2017, SL5279 -2018 y SL3666-2020, señala que *"la procreación de hijos no suple el requisito de la convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusa el término mínimo de dos años continuos con anterioridad a ese suceso, si se da dentro del mismo lapso y no en cualquier tiempo".*

Sentados lo anteriores presupuestos, encontramos que se allegaron los registros civiles de nacimiento de Sandra Yorleni, Juan de Jesús y Henry Guiovany García Caldas, quienes fungen como hijos del señor Pedro Pablo García Salamanca y fueron concebidos el 03 de julio de 1978, 13 de septiembre de 1979, y el 04 de abril de 1982 (fls. 24 a 26), esto es, previo a los dos años en que acaeció el fallecimiento del causante, por lo que, no le resulta aplicable la regla contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en relación con la procreación de hijos, pues no fue durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

En cuanto a la convivencia, a folios 30 a 37, se evidencia que se allegó comunicación de la Comisaria de Familia de la Alcaldía Popular de Chía, las declaraciones extraprocesales rendidas por Ernesto Rodríguez, Ramón González Gómez, Jairo Hernando Becerra Chavista, y Gladys Stella Ortega González, en las que se da cuenta que la accionante y el causante tuvieron una convivencia ininterrumpida durante más de 15 años sin que el causante simultáneamente hubiere estado en alguna otra relación sentimental.

En relación con el valor probatorio de las declaraciones extraprocesales, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho, de manera insistente, que las que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C. de P. C, hoy artículos 198 y 222 del CGP, no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Lo anterior conforme a las sentencias del 02 de marzo de 2007, 06 de marzo de 2012, 06 de marzo de 2013, 26 de noviembre de 2014, y 11 de febrero, 18 de marzo, 22 de abril y 14 de octubre de 2015, Rads. 27593, 43422, 42536, 43184, 46310, 44204, 38238, y 55939, respectivamente, así como en las SL1133-2019 y SL4145-2019.

En todo caso, Jairo Hernando Becerra Chavista y Gladys Stella Ortega González acudieron a juicio a ratificar su testimonio, lográndose extraer que tenían conocimiento de la convivencia entre la demandante y el causante, aclarando que si bien en los últimos tres años y medio de vida de éste último no hubo una visita física en la casa, fue por cuanto trasladaron su domicilio de La Victoria- Bogotá a Chía-Cundinamarca, señalando que en todo caso, tuvieron una frecuente comunicación con ellos, esto es, cada 15 o 30 días con ellos por vía telefónica. Adicionalmente, obra constancia de que quien asumió los gastos funerarios fue la demandante según factura obrante a folio 39.

Así las cosas, considera la Sala que se encuentra acreditado el requisito de la convivencia durante los últimos dos años anteriores al fallecimiento del causante, motivo por el cual se confirmará la condena impuesta por el *A quo*.

Fecha reconocimiento, prescripción, valor de la mesada y mesada adicional

Teniendo en cuenta que el fallecimiento del señor Pedro Pablo García Salamanca acaeció el 18 de mayo de 1995, se considera que la fecha de reconocimiento de la prestación debe ser a partir de tal data, no obstante, y como quiera que pudo operar el fenómeno de la prescripción se procederá a su estudio.

Sobre el asunto, se advierte que en el proceso únicamente obra una solicitud que data del 11 de agosto de 2017 según Resolución SUB 221634 de 2017 (fls. 48 a 57), por lo que, al demandarse el 20 de mayo de 2019 (fl.58), se considera que las mesadas que fueron objeto del fenómeno de estudio fueron las anteriores al 11 de agosto de 2014, conforme a lo dispuesto en los artículos 151 del CPT y de la SS, y 488 y 489 del CST, de modo que, la decisión del Juez de Primera Instancia resulta sobre el tópico acertada.

En cuanto al valor de la mesada pensional, toda vez que por parte del *A quo* se reconoció el salario mínimo legal, no es dable modificarlo para establecer uno inferior, en virtud del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco para determinar uno superior en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, de modo que se confirmará.

Finalmente, y en lo que respecta a la mesadas adicional objeto de condena, es menester advertir que dado que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, hay lugar a reconocer 14 mesadas, no obstante y dado que únicamente se impuso como condena "la mesada adicional", sin que ello fuera objeto de apelación, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

Indexación

La Sala considera que hay lugar a su condena como quiera que las mesadas pensionales objeto de condena se ven afectadas por la depreciación monetaria y/o la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal y como se sostuvo en sentencias SL194-2019 y SL3397-2020, por lo que se confirmará.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C dentro del proceso de Ana Isabel Caldas en contra de Colpensiones.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que SOLEY CRISTINA RUÍZ MARTÍNEZ promoviese contra TDI SISTEMAS LATAM SAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el despido que acaeció sobre la accionante presuntamente por el incumplimiento de sus obligaciones como Gerente Financiero.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, principalmente, expuso que se dio por terminado el contrato de trabajo de la actora como consecuencia en el incumplimiento de 12 de las 14 funciones a su cargo.

Señaló que, para llevar a cabo el despido previamente agotó el correspondiente procedimiento disciplinario.

Adujo que, con el incumplimiento de las funciones del accionante se evidenció una pérdida para la empresa de $1.888'862.072, lo que generó su estado de iliquidez, y la imposibilidad de pagar salarios y de ejecutar su actividad comercial, motivo por el que tuvo un cese de actividades y tuvo que finiquitar diversos contratos de trabajo.

Finalmente indicó que, dentro de las funciones que incumplió la demandante están las siguientes: no asegurar el manejo financiero de la empresa ni garantizar la disponibilidad de los recursos para un buen funcionamiento; no coordinar ni planear los pagos a proveedores nacionales ni garantizar la disponibilidad de los recursos de acuerdo a la planeación mensual; no informar ni retroalimentar a las áreas de los costos reales y estimados de los proyectos para garantizar su rentabilidad; no analizar adecuadamente los estados financieros; no efectuar análisis de cartera y su seguimiento; no llevar a cabo el seguimiento y valoración de los indicadores de gestión en las áreas administrativas y financieras; no cotizar y seleccionar proveedores requeridos, así como tampoco ejercer los controles requeridos para asegurar su correcta asignación; no garantizar que las actividades de gestión humana y servicios generales se realizasen eficientemente; no analizar ni tomar acciones por indicadores de gestión que conllevaran a evitar cuantiosas pérdidas; manejó inadecuadamente su autoridad para tomar decisiones en el manejo de dineros; y no ejercer su autoridad para detener trabajos por incumplimientos.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes el cual se desarrollo entre el 03 de febrero de 2014 hasta el 27 de febrero de 2017 para desempeñar como último cargo el de Director Administrativo y Financiero, con una asignación final como salario de $5'576.000.

SEGUNDO. – DECLARAR que la relación laboral entre la actora y la demandada culminó sin justa causa imputable al empleador.

TERCERO- CONDENAR al demandado a cancelar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa, por un valor de $12'013.200, suma que deberá indexarse.

En síntesis, refirió que, no existió controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral entre las partes.

Adujo que, si bien se aduce que realizó el procedimiento de terminación del del contrato de trabajo de conformidad con la sentencia C-593 de 2014, no se logra demostrar que la actora estuviera en compañía de dos compañeros de trabajo.

Expresó, que se motivó la terminación del contrato de trabajo en el reglamento interno de trabajo, empero como lo certificó la demandada, este no existe; y que el empleador no puede imponer sanciones no previstas en el reglamento tal y como lo dispone el artículo 114 del CST.

Dijo que, pese lo anterior, la terminación del contrato de trabajo por sí misma no es sanción disciplinaria a menos que se haya pactado así entre las partes, sin que ello aparezca acreditado, por demás que, la citación a descargos no es una obligación del empleador como sí lo es que se informen antes del despido los motivos de la terminación de la relación laboral (SL15245-2014).

Finalmente explicó que, en el asunto no se encuentra que a la accionante se le hubiesen informado las razones que conllevaron a la terminación de su vínculo laboral, motivo por el cual hay lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por despido injusto conforme al tiempo laborado por la accionante, la que se debe pagar debidamente indexado.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, en interrogatorio de parte se da cuenta que fue la misma accionante quien configuró la forma de proceso disciplinario, ya que ella era la líder de recursos humanos, la directora de esa área, y que lo había realizado a los empleados en el transcurso de su gestión.

Dijo que, el protocolo para despedir a la actora se cumplió conforme a la sentencia de la Corte Constitucional C-593 de 2014, motivo por el cual es posible establecer que no se le vulneró el debido proceso.

Expreso que, la empresa no cuenta con sindicato, de ahí que no se pudiera recibir los descargos de la trabajadora con dos testigos de la organización sindical.

Adujo que, en acta del 27 de febrero de 2017 se informó a la actora los hechos por los cuales estaba siendo llamada a rendir descargos, y las correspondientes causales por las que se consideró que había incumplimiento del contrato de trabajo, sin que ella en el trámite de tal proceso se defendiera, o interpusiera recursos.

Concluye indicando que, en la última parte del acta dice que se terminaba el contrato de trabajo en virtud del incumplimiento de las obligaciones de la accionante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se informó a la accionante las razones por las que se le finiquitaba su vínculo laboral?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Despido sin justa causa

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 24 de julio de 2013, Rads. 36572, y 34260, ha establecido que le corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador acreditar la justa causa de este.

En el caso objeto de estudio, se encuentra que el hecho del despido se encuentra acreditado con el pronunciamiento definitivo o sanción dentro del procedimiento disciplinario interno que se le realizó a la accionante, mediante el cual se dispuso que, con base en lo escuchado la diligencia de descargos se debía comunicar que de acuerdo a la cláusula 7 del contrato de trabajo, la empresa daba por terminado el contrato de trabajo por violación de sus obligaciones contractuales en concordancia con los artículos 66 y 67 del Reglamento de Trabajo (fls. 13 a 22).

Al punto, es necesario precisar que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que para establecer que, si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020.

Del mismo modo, se destaca que, en relación con el debido proceso para llevar a cabo un despido, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, tal derecho según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, por ello, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir. Al punto, se aclara que, en sentencia C-593 de 2014 las etapas que se establecen son las de un procedimiento disciplinario, empero como se dijo, el despido no es una sanción disciplinaria.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que al momento de llevarse a cabo un despido el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, como quiera que, el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, garantías que según la sentencia SL2351-2020 se pueden resumir así:

a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos; lo que es un desarrollo del artículo 66 del CST.
b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
e) En cuanto a la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que se precisó que, no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador, pues esta se cumple cuando el trabajador de cualquier forma tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo.

Aclarado lo anterior, encontramos que, en el contrato de trabajo de folios 5 a 12 no se plasmó un procedimiento disciplinario para llevar a cabo la terminación de la vinculación de la accionante. En lo que respecta al Reglamento Interno de Trabajo, a folio 27 obra certificación en la que se señala que no tienen copia de este; razones

que son suficientes para considerar que la terminación del contrato de trabajo de la accionante no estaba supeditado a un procedimiento especial previsto por las partes.

Ahora bien, y como se explicó para dar por terminada una relación laboral es necesario comunicar al trabajador los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, pues ello tiene como fin que posteriormente el empleador no alegue hechos diferentes, y que el trabajador se defienda con fundamento en éstas. No obstante, resulta menester destacar que dentro del acta visible a folios 13 a 22, no se identificó de forma concreta cuales eran los motivos que impulsaban al empleador a llevar a cabo el despido, pues si bien se hace alusión a que tiene como fundamento lo escuchado en la diligencia de descargos, y que se concreta en la cláusula 7 del contrato de trabajo en concordancia con los artículos 66 y 67 del Reglamento de Trabajo, con ello no se logra identificar claramente las razones del despido.

Ciertamente, la cláusula séptima del contrato de trabajo establece una causas generales de terminación del contrato de trabajo, sin que se pueda identificar cual es el motivo por el cual empleador decidió terminar el contrato laboral de la actora, pues en ella, se hace alusión a la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales, o reglamentarias; la no asistencia puntal al trabajo; la ejecución de labores remuneradas al servicio de terceros; la revelación de secretos y de datos reservados; el llegar embriagado a la empresa o ingerir bebidas alcohólicas en su interior; la inasistencia a una sesión completa de jornada de trabajo o más sin excusa suficiente; entre otras, por mencionar algunas (fls. 5 a 12). En igual sentido, y como se dijo, obra certificación que da cuenta de que la empresa no contenía reglamento interno de trabajo.

Adicionalmente, los descargos de la actora se iniciaron por el incumplimiento en sus obligaciones y funciones de su contrato de trabajo como Gerente Financiera, que consisten en la falta de sigilo y lealtad; y la inobservancia de funciones tales como, efectuar análisis de estados financieros mensuales, y de cartera, y llevar a cabo su seguimiento; cotizar y seleccionar proveedores de servicios requeridos y garantizar una actividad eficiente; hacer seguimiento y valoración de los indicadores de gestión en las áreas contables y financieras; y responder por el manejo financiero y administrativo de la empresa garantizando la disponibilidad de los recursos para el buen funcionamiento operativo y administrativo de la empresa.

Con todo, la empresa no manifiesta por qué hubo un incumplimiento de las obligaciones y una falta en el desarrollo de las funciones narradas, tan es así que a la actora al momento en que le corrieron traslado de los cargos, expuso que, no estaba de acuerdo con las acusaciones, y que requería más información de cada cargo. Ahora, no desconoce la Sala que el testigo Carlos Julio Flórez Abdala señaló que, a la accionante la llamaron a rendir descargos porque los estados financieros no correspondían con lo que encontraron en su momento, no obstante, también manifestó que no tuvo participación directa de tal diligencia, aunado a que lo que

expuso no quedó claramente expuesto como la razón que motivó la terminación del contrato de trabajo de la actora en el acta estudiado a la largo de esta providencia.

Finalmente, es necesario esclarecer que, en interrogatorio de parte la accionante señaló que lideraba el área de recursos humanos, pero en ningún momento expresó que fue la persona que creó el procedimiento disciplinario, por demás que, de no existir un procedimiento especial para efectuar el despido dentro de la empresa, este se regía por la normatividad y la jurisprudencia sobre la materia.

Por las razones expuestas en esta providencia, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Soley Cristina Ruíz Martínez en contra de TDI Sistemas Latam SAS.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2017-00294 -01
Demandante: **SOLEY CRISTINA RUÍZ MARTÍNEZ**
Demandado: **TDI SISTEMAS LATAM SAS**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $780,000 a cargo de la parte demandada

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. AUTO

PRIMERO: RECONOCER personería jurídica al doctor Camilo Andrés Salinas Ortiz, identificado con C.C. No. 1.032.444.204 y T.P. No. 234.695 del C.S. de la J., como apoderado del demandante, en los términos y para los fines indicados en el respectivo poder.

SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a la doctora Daniela Palacio Varona, identificada con C.C. No. 1.019.132.452 y T.P. No. 24.981 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

CUARTO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

II. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ANA BENAVIDES PEDRAZA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó la actora el 21 de mayo de 1998 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A., así como que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos generados y que esta última registre el traslado de los aportes efectuados.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en el incumplimiento de los deberes legales de información al afiliado, los cuales, le generaron un error de hecho que vició el consentimiento.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre estas la de prescripción.

Adujo que a la fecha del traslado efectuado por la actora, esto es en el mes de mayo de 1998, a la AFP Protección S.A. este se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y plenamente válido, por lo que la afirmación de la demandante del acaecimiento de un vicio del consentimiento debe ser demostrado en el desarrollo del proceso.

Indica que, conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la accionante no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado entre regímenes pensionales, ya que a la fecha cuenta con 56 años de edad.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que considera tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad o ineficacia es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de

su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que, después de la correspondiente asesoría dada a la demandante por parte del comercial de la AFP Porvenir S.A., se diligenció la solicitud de vinculación, negocio jurídico que correspondió a un traslado entre administradoras, el cual estuvo precedido de todas las formalidades legales para su validez, aunado a que desde el 21 de octubre de 2010 ha permanecido afiliada al RAIS.

Menciona que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Narra que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones contra esta impetradas y presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

Indicó que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad y/o ineficacia en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante Ana Beatriz Benavides Pedraza identificada con cédula 42.879.585 al régimen de ahorro individual administrado por Protección, a partir de mayo de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Pensiones del régimen de ahorro individual porvenir a que traslade los aportes realizados por la demandante a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para efectos*

pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme a lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.(...)"*

En síntesis, menciona que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 12136 del 03 de septiembre de 2014 Rad. 46292, concluyó que en este tipo de casos debe analizarse si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no ineficaz y no nulo.

Indica que en la sentencia rad. 68852 del 03 de abril de 2019, la mentada Corporación señaló que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, se debe analizar el momento histórico en el cual se realizó la correspondiente afiliación con el fin de verificar si el fondo de pensiones cumplió con dicha obligación legal, esto es brindar la información clara, oportuna y necesaria para que el consentimiento se encuentre debidamente informado.

Menciona que en la misma sentencia, se dijo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, por cuanto es necesario acreditar un consentimiento debidamente informado y que la carga de la prueba le incumbe a la parte demandada, esto es al fondo de pensiones al cual se realizó la correspondiente afiliación.

Para el caso concreto, indica, que la demandante se traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad en el año 1998, momento en el cual existía la obligación por parte de los fondos de pensiones, de comunicarle a la posible afiliada las ventajas de cada uno de los regímenes pensionales, explicando las características propias de cada uno de ellos, indicándole las consecuencias del traslado, así como las desventajas que existieren y todo aquello necesario para que la decisión fuera debidamente informada.

Indicó que, se cuenta con el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 1998, en el cual simplemente se plasma la firma de la demandante, sin que del mismo se desprenda que le hubiesen dado la información en los términos arriba indicados y, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la actora se pudo establecer que sí tenia conocimiento respecto a algunas características del régimen de ahorro individual con solidaridad, no se puede desprender que se le hubiere brindado la información completa y a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

4. **Argumentos de los recurrentes**

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, adujo que, de lo probado durante el proceso no se puede colegir que a la

demandante se le hubiere coaccionado o que se presentara una situación que hubiera generado algún tipo de presión o coacción que atentara contra su libertad de selección de régimen, por el contrario, se evidencia que lo hizo de manera libre y voluntaria, tal y como consta en el formulario de afiliación.

Refiere que la voluntad de la actora siempre fue mantenerse dentro del régimen de ahorro individual, como se infiere con el traslado que realizó a esa entidad, el cual se hizo de buena fe y con el cual Porvenir no se podía oponer, ya que su deber como administradora de fondos de pensiones era recibir a cualquier afiliado que quisiera vincularse a ella, máxime cuando la demandante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición sobre el particular.

Menciona que el traslado no atentó contra ninguna situación pensional consolidada, ya que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni tampoco esta excluida por ministerio de la ley del régimen de ahorro individual. Adicionalmente, esa voluntad de traslado horizontal se puede entender como un acto de ratificación bajo los parámetros de la sentencia SL 52704 del 2018, además, en el interrogatorio de parte, la actora da cuenta de su conocimiento sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indica que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que se generó un vicio en el consentimiento de la actora.

Concluye manifestando que los dos regímenes pensionales son excluyentes y que los rendimientos que se generan en el régimen de ahorro individual con solidaridad no se habrían generado en el régimen de prima media y que los gastos de administración fueron apropiados de manera lícita, además, que los riesgos que cubren la invalidez y muerte siempre estuvieron cubiertos, por lo que ordenar la devolución de estos es contrario a la institución de las restituciones mutuas, pues estos dineros ya cumplieron su función y ya se consumieron.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y las demandadas Colpensiones y Protección S.A., quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 15 de mayo de 1998 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A. (fl. 191) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los

traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

---

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 191 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de mayo de 1998 con la AFP Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Benavides Pedraza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de mayo de 1998) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

Al respecto, es menester indicar que la obligación de brindar información no se refiere únicamente a que al posible afiliado se le expliquen o mencionen las ventajas o características del RAIS, argumento esgrimido por la parte apelante, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte menciona que se le indicó por parte del fondo privado algunas de las características del régimen de ahorro individual, ello no resulta suficiente para cumplir con el deber de información que dicha AFP tenía, pues no hay prueba alguna que demuestre que a la señora Ana Beatriz le fueron explicadas las diferencias entre uno y otro régimen, las posibles

desventajas del traslado, sus riesgos o consecuencias o las condiciones para adquirir la prestación en uno y otro régimen.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de

grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que, se itera, el estudio del caso se hace bajo la óptica de la ineficacia del acto jurídico y no de las nulidades, por lo que carece de sentido el que la accionante demuestre que se presentó algún vicio en su consentimiento al momento del traslado.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por el apelante frente a la ratificación de la accionante, desde la ya mencionada sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

De otro lado, en cuanto a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, en la sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada promovida por la señora Ana Beatriz Benavides Pedraza en contra de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo del apelante Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000= a cargo de la demandada Porvenir S.A.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Téngase por reasumido el poder extendido a la dra. DIANA VARGAS MORALES y con ello, tener por revocado aquél poder de sustitución conferido a la doctora SANDRA BOTERO BOHORQUEZ.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ FERNANDO AGUDELO QUINTERO promoviese contra DUG CARGOS SAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende que se declare un contrato de trabajo del 03 de octubre al 30 de diciembre de 2016; que la relación laboral terminó sin justa causa; y que devengaba un salario integral de $20'000.000. Como consecuencia de lo anterior, solicita vacaciones, indemnización moratoria, e indemnización por despido sin justa causa.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la relación laboral que existió entre las partes, en la que se pactó un salario integral de $20'000.000, no siendo acordada ningún tipo de exclusión salarial. Se agrega la terminación del contrato de trabajo sin que se hubiere efectuado el pago de indemnización y vacaciones.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada contestó a través de *Curador Ad Litem*, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que no le constaban los hechos y que debían probarse.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente entre el 03 de octubre al 30 de diciembre de 2016, de donde percibió como salario la suma mensual de $20'000.000

SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al actor la suma de $3'333.333 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que deberá ser indexado al momento de su pago.

TERCERO. - CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al actor la suma de $2'666.666 por concepto de vacaciones, valor que deberá ser indexado al momento de su pago.

CUARTO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

En síntesis, refirió que, de la prueba documental se logra extraer que entre las partes existió una relación laboral entre el 03 de octubre y el 30 de diciembre de 2016.

Señaló que, de la nómina de diciembre de 2016 se lograba extraer el pago de una suma mensual de $12'000.000, y otra extralegal, de $8'000.000, sin que se hubiera desvirtuado que esta última no era salario.

Expresó que no se acreditó el pago de vacaciones ni de indemnización por despido sin justa causa.

Finalmente indicó que, no hay lugar a indemnización moratoria en la medida que, no se adeudaban salarios ni prestaciones sociales.

4. Argumentos de los Recurrentes.

Parte actora

Expuso que, el valor de la indemnización por despido sin justa causa al estarse frente a un salario integral se debía reconocer sobre un mes de salario.

Parte demandada

Señaló que, frente al salario lo que aparece demostrado es el pago de $12'000.000, siendo los $8'000.000 restantes una auxilio extralegal, por lo que la primera suma debe ser la base para liquidar las condenas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar. Este término sólo fue utilizado por la parte demandante.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿El accionante tenía salario integral? y ¿cuál es la base salarial para liquidar las condenas?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Salario Integral

Sea lo primera indicar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 09 de agosto de 2011, rad. 40259, reiterada en la SL4235-2014 explicó que para la validez del acuerdo de salario integral *«es suficiente que tal convenio se haya plasmado en cualquier escrito que no deje duda de que esa fue la voluntad de los contratantes, incluso por iniciativa del empleador, siempre que medie la aceptación, tácita inclusive, del trabajador»*. A su vez, en providencia CSJ SL4594-2016 señaló que, el pacto de salario integral *«puede desprenderse de la conducta asumida por las mismas* [partes] *durante la ejecución del contrato de trabajo, las*

cuales permiten al operador judicial formarse el convencimiento que ese fue el propósito».

De acuerdo con esta doctrina, el convenio de salario integral puede estructurarse mediante el *silencio* o *consentimiento tácito* del trabajador, es decir, no es necesaria la formalidad escrita. No obstante, a través de la sentencia SL2804-2020 la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral rectificó su criterio, señalando que en la medida que, al ser la *forma escrita* consustancial al acto, no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador.

Agregó la H. Corte que es indispensable que la forma preordenada por el legislador se cumpla, de lo contrario, el acto es inexistente; que no podría el silencio del trabajador o su comportamiento, sustituir o desplazar, poco a poco, la formalidad escrita determinada por la ley; que las formalidades en el Derecho del Trabajo tienen como propósito la tutela de la autonomía de la voluntad del trabajador; y que lo anterior no significa que, el pacto de salario integral deba estar incorporado en el clausulado del contrato de trabajo, pues bien puede suscribirse como un anexo al mismo o mediante documento separado o, incluso, mediante un cruce de comunicaciones que refleje la intención del trabajador de convenir un salario integral, con todas sus consecuencia, lo que en modo alguno releva la obligación de cumplir la formalidad *escrita* para substituirla por conductas inductivas del trabajador.

Así las cosas, la Sala se remite a la prueba documental encontrando que la única prueba referida al salario que devengó el accionante es la nómina de folio 19, donde lo que se establece es que ascendía a la suma de $12'000.000, y que se percibía un valor adicional extralegal de $8'000.000, documento que en ninguno de sus puntos hace referencia a un salario integral. Por tanto, no es dable tener que el salario del accionante era integral y se procederá a verificar si el denominado "auxilio extralegal" es salario.

Salario. Reliquidación de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, por lo que para definirse los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes (sentencia del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras).

En igual sentido, el artículo 127 del C.S.T. establece que, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones.

Ahora bien, se observa que se pagó un auxilio extralegal al trabajador en la nómina de folio 19, sin embargo, del material probatorio arrimado al plenario es insuficiente para determinar que fuera reconocida como consecuencia de una contraprestación del servicio, por manera que, ante tal escenario, se considera que le asiste razón a la Curadora Ad Litem, quien representa a la parte demandada, y en consecuencia se procederá a reliquidar las condenas.

Así mismo, a tal conclusión se arriba luego de atender el texto literal de tal documental, que no es otra de denominar un "auxilio extralegal", correspondía entonces a la parte demandante, acredita que a pesar de recibir tal denominación su destino era la directa contraprestación del servicio.

Así las cosas, por concepto de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, al laborarse 88 días, se adeuda la suma de **$1'466.666.67** y **$12'000.000**, respectivamente. Al punto, se aclara que según el literal a) del ordinal 1° del artículo 64 del CST, se debe pagar 30 días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año.

Corolario de lo anterior, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia a fin de establecer que la demandante percibió un salario de $12'000.000. Asimismo, se MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero a fin de determinar que por concepto de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa se deben pagar las sumas de $1'466.666,67 y $12'000.000, respectivamente. En lo demás, la sentencia se confirmará.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que José Fernando Agudelo Quintero percibía como salario la suma mensual de $12'000.000.

SEGUNDO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que Dug Cargo SAS debe pagar a José Fernando Agudelo Quintero por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **$12'000.000.**

TERCERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que Dug Cargo SAS debe pagar a José Fernando Agudelo Quintero por concepto de vacaciones, la suma de **$1'466.666,67**.

CUARTO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de José Fernando Quintero en contra de Dug Cargo SAS.

QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que FLOR ELI ROSAS BELTRÁN promoviese contra AGENCIA DE VIAJES VILLA DE LEIVA S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes del 02 de septiembre de 2006 al 03 de marzo de 2015, así como el reconocimiento de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, salario de diciembre de 2013, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización moratoria.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los servicios personales y subordinados que prestó el accionante a la sociedad demandada, así como en la terminación unilateral que realizó esta, de la relación que los ataba.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, donde la accionante realizó sus actividades en su condición de Gerente de manera autónoma e independiente.

Señaló que, no se convino el pago de prima de vacaciones, y la demandante no asistió a prestar sus servicios en el mes de diciembre de 2013.

Indicó que, conforme a los estatutos de la empresa, la Junta Directiva puede remover al Gerente en cualquier tiempo, por demás que, fue la misma actora quien renunció a su contrato de prestación de servicios.

Manifestó que, la accionante no quiso que se le efectuaran pagos de aportes por su condición de pensionada de la Policía Nacional.

Finalmente expuso que, ha obrado de buena fe, por demás que, la demandante aprovecho su cargo para ejercer nepotismo y clientelismo, al vincular familiares a la nómina, como proveedores, asesores de visados, y en mensajería; realizar pagos exorbitantes por concepto de transporte; tomar del patrimonio de la sociedad para sus viajes personales, a los cuales accedía gracias a promociones que hacían los operadores mayoristas; poner en venta sus acciones y las de Jorge Solano, para denigrar la empresa que manejó durante años y de la que fue socia; y tomar documentos, que ahora están extraviados, como su contrato de prestación de servicios, entre otros.

3. Demanda de reconvención

Agencia de Viajes Villa de Leiva presentó demanda de reconvención en la que, se pretendió indemnización por perjuicios materiales causados a la sociedad por parte de la actora.

Se edifica, en la falta de gestión desplegada por Flor Eli Rosas Beltrán para el cobro obtener el pago de diferentes créditos.

La demandada se opuso a la pretensión de tal demanda. Expresó que, nunca recibió por parte de la Junta Directiva quejas por malos manejos u observaciones por negligencia en el desempeño de su cargo; que no hubo una indebida gestión en el desarrollo de sus funciones; y que con tal demanda, lo que se pone de manifiesto es una amenaza para negarle a la actora sus acreencias laborales.

4. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que entre las partes existió una relación laboral entre el 30 de septiembre de 2006 y el 03 de marzo de 2015, devengando como último salario promedio la suma de $3'481.609.

SEGUNDO. – **DECLARAR PARCIALMENTE** la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 15 de diciembre de 2014.

TERCERO- CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante por concepto de prestaciones sociales las siguientes sumas:

Cesantías, $754.349
Intereses a las cesantías, $19.613
Prima de servicios, $754.349
Vacaciones, $377.174
Total de prestaciones sociales, $1'905.485

CUARTO- CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante la indemnización por terminación del contrato sin justa causa la suma de $23'487.966.

QUINTO. - CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones objeto de condena a partir del 03 de abril de 2017 hasta cuando el pago se verifique, es decir, sobre la suma de $1'905.485.

SEXTO. - CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante a pagar la sanción por no pago de cesantías en la suma de $1'972.912

SÉPTIMO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO. - ABSOLVER a la demandante de la demanda de reconvención interpuesta por la demandada.

En síntesis, refirió que, conforme al acervo probatorio recolectado está demostrado que la accionante de manera personal realizaba sus actividades como Gerente.

Adujo que, no se desvirtuó el elemento de la subordinación, ya que, no se acreditó la existencia de un contrato de prestación de servicios, que la calidad de accionista fuera incompatible con su calidad de trabajadora, por demás que hay empresas donde los socios aportan en trabajo.

Expresó que, por el cargo de la accionante, el horario de trabajo no es un elemento que determina la existencia de un contrato de trabajo, pues el cargo de Gerente hace presumir que no siempre estaría en las oficinas.

Dijo que, de acuerdo con la documental de folios 9 y 20, la demandante laboró del 30 de septiembre de 2006 al 03 de marzo de 2015, así como lo salarios que devengó.

Explicó que, al demandarse el 15 de diciembre de 2017 prescribieron las acreencias laborales solicitadas que son anteriores al mismo día y mes de 2014.

Mencionó que, hay lugar a indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, por cuanto no hay zona gris de la que se pueda desprender que la demandante estaba frente a un contrato de trabajo, aclarando que la primera sanción, al no demandarse dentro de los 24 meses, únicamente es dable imponer intereses moratorios a partir del mes 25.

Adicionó que, no es posible imponer condena al mencionar la accionante que estaba pensionada con la Policía Nacional.

Consideró que, se debe reconocer indemnización por despido injusto, en la medida que, se acreditó la terminación por parte de la empresa demandada, pero no su justa causa.

Finalmente, señaló que, no es dable condenar por concepto de daños y perjuicios, pues lo que rindió el perito sería catalogado como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, el trabajador no es el llamado a asumir las pérdidas de la empresa.

5. Argumentos del Recurrente

Expuso que, se debió realizar un análisis de la prueba más detallado, ya que, el que sirvió al Despacho, fue muy general, por demás que, no se tuvo en cuenta el dictamen pericial para determinar o no la existencia del contrato de trabajo, pues allí se demuestra la autonomía e independencia de la que gozaba la accionante.

Dijo que, en interrogatorio de parte se confesó que ella prestaba sus servicios de forma autónoma, que contrató familiares sin autorización de la junta directiva, aunado a que, en las actas no aparece solicitudes frente a lo anterior ni que se hubiese autorizado un permiso para que se ausentara, por demás que, la solicitud de un solo permiso no hace que se pueda considerar la existencia del vínculo laboral.

Expreso que, la demandada actuó de buena fe, pues siempre tuvo la convicción de estar frente a un contrato de prestación de servicios, tan es así que cuando la demandante elevó solicitud de que se le contratara laboralmente, en 2014, se dio por terminado el vínculo con ella.

Adujo que, operó prescripción total, dado que la actora dejo de laborar en 2015, y se habla de 2014, de modo que, se cae de su peso la condena por acreencias laborales, indemnización por despido sin justa causa.

Indicó que, había testigos más validos que otros por rol que desempeñaban, como la Contadora y de la Revisora Fiscal, personas que son profesionales en su trabajo, expuestas a defender su tarjeta profesional, y que declararon que la actora no solicitaba vacaciones, se ausentaba cuando deseaba, que era autónoma en sus funciones, y que los trabajadores estaban mediante contrato de trabajo.

Agregó que, el peritaje es válido como quiera que no fue desvirtuado por ninguna de las partes; que en la declaración del perito se evidencia la autonomía de la actora y que en su gestión dejo perder más de $100'000.000, y que no hizo nada para recoger esa cartera, lo que indica que tuvo a la empresa como su chequera.

Finalmente, establece que la junta directiva se reunía cada año, por lo que no se podría extraer un control o subordinación sobre la demandante; que ni siquiera en las actas de la asamblea aparece el incremento de su remuneración y, por el contrario, fue la actora quien la hizo con anuencia de sus amigos, los señores Vásquez y Lozano.

6. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en laboral el vínculo que ató a las partes?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

APRECIACIÓN PROBATORIA Y CONTRATO DE TRABAJO

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre otras.

Dicho lo anterior, encuentra la Sala que a folios 6 a 9, 11, 13, 15, 20, 23, 30, 31, 146 a 155, y 161 a 165, se allegaron cuentas de cobro por la prestación de los servicios de la accionante; terminación del contrato de prestación de servicios del 03 de marzo de 2015; cartas de incremento de honorarios; certificaciones; comprobantes de egreso; acta de asamblea; y respuesta de reclamación elevada por la accionante.

En igual sentido, comparecieron a rendir interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, quien informó que la demandante prestó sus servicios como Gerente, y que estuvo mediante contrato de prestación de servicios. De igual manera, los testigos Eliana Eugenia Guerra Nader, Mónica Marcela Agudelo Ruiz, Erlady Rodríguez Valero, Armando Vásquez Escobar, Angélica María Teatino Galindo, Myriam Quintero, y Olga Lucía Ramos Cuesta, dieron cuenta de los servicios de la accionante como Gerente, acervo probatorio que analizado en conjunto con la anterior prueba documental da cuenta de la prestación del servicio de la actora a favor de la demandada.

Ahora bien, al quedar en evidencia la calidad de Gerente y socia de la demandante, se hace necesario recordar que, de conformidad con la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sentencias del 01 de agosto de 2012, Rad. 43605, SL1962-2020, y SL3459-2020, si bien se establece que frente a las relaciones de los gerentes, directores y altos funcionarios de las sociedades comerciales, también opera la presunción del artículo 24 del CST, y que por ende se puede presentar la existencia de un contrato de trabajo, ello no descarta la posibilidad de que, las labores efectuadas hubieran sido en desarrollo de las facultades de administración que le competían en calidad de socio y de acuerdo con el contrato societario, por lo que, bajo tal óptica se verificará el caso en estudio.

Al respecto, tenemos que a favor de la pasiva comparecieron a rendir testimonio Angélica María Teatino Galindo, Myriam Quintero, y Olga Lucía Ramos Cuesta, quienes manifestaron que pese a que la actora estaba bajo la dirección de la junta directiva, su labor era la dirección y el manejo de la empresa, donde gozaba de autonomía; que no recibía presiones para realizar cuentas de cobro; y que manejaba su horario de trabajo, ya que, algunas veces se le encontraba en las instalaciones de la sociedad, pero en otras ocasiones, no, misma situación que narró Erlady Rodríguez Valero, testigo que fuera solicitado por la parte actora.

Lo anterior permite entrever que las labores que ejecutó la demandante fueron en el desarrollo de su calidad de socia y Gerente, de forma independiente y autónoma, más aún si se tiene en cuenta que el perito que acudió, Diego Angarita Berdugo en el peritaje y declaración que rindió, expuso que, de la gestión realizada por la accionante se lograba evidenciar que se presentaron fraudes de empleados que se condonaron por parte de ella, sin que se informara a la junta directiva de la empresa o a la asamblea; que se hicieron giros de cheques sin cobro coactivo que estaban en custodia de ella; que tomaba decisiones sin autorización de algún superior;

y que inclusive promovió mejoras en su propio contrato de prestación de servicios (fls. 414 a 433).

Por tanto, el actuar de la demandante, permiten entrever que los servicios que desarrolló fueron como Socia y Gerente de la empresa demandada, y que, en virtud de dicha representación, tomaba las decisiones financieras y negóciales que consideraba adecuadas para los intereses de esta, gozando de la independencia propia de su labor. En cuanto al restante acervo probatorio, se considera necesario hacer las siguientes precisiones:

A folios 12, 14, 18, 19, 21, 23, 24, 32, y 248 a 256, encontramos solicitudes de permiso elevadas al Presidente de la Junta Directiva, correos electrónicos, peticiones, e informes remitidos por la accionante, frente a lo que es necesario advertir que fueron suscritas y/o elaboradas por la misma demandante, por lo que, conforme al principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba, no es dable tener por acreditada una relación distinta a la que se infiere de su calidad de socia (SC113, A3 Sep. 1994; SC, 27 Jul. 1999, Rad. 5195; SC, 31 Oct. 2002, Rad. 6459; SC, 25 Mar. 2009, Rad. 2002-00079-01; y SC9123, 14 Jul. 2014, Rad. 2005-00139-01).

Por otra parte, a folios 22, 26, y 27, encontramos comunicaciones proferidas por el Presidente de la Junta Directiva denominadas "memorando". Al respecto, es menester aclarar que, de su lectura, se verifica que versan sobre directrices generales para el desempeño de sus funciones como Gerente, y en tal orden, están dirigidas al cumplimiento del objeto propio del vínculo jurídico que unió a las partes, esto es, son consustanciales a su cargo, a las que es posible comprometerse a través de ataduras contractuales no necesariamente laborales, como la que suscribieron los sujetos del proceso, tal y como se ha expuesto en sentencias SL2203-2018, SL447-2019, y SL1756-2020. En cuanto al memorando de folios 24 y 25 no se efectuó ningún tipo de directriz a la actora ni fue entregado o suscrito por ella.

En lo que respecta al acta de reunión extraordinaria de folios 44 a 47, este data del 02 de septiembre de 2006, esto es, de una fecha anterior a los extremos temporales tenidos en cuenta por la *A quo*; y en cuanto a las de folios 464 a 490 y 501 a 550, se destaca el Acta N°34, en la que se estudia la posibilidad de brindar autorización especial a la accionante para la celebración de contratos, lo que es de igual manera consustancial a su servicio como Gerente, e inclusive, le brinda mayor autonomía en el desarrollo de su cargo.

Finalmente, en lo referente a los testimonios, se considera lo siguiente:

- Eliana Eugenia Guerra Nader no le consta la forma de contratación de la actora ni hace alusión a actos de subordinación.
- Mónica Marcela Agudelo Ruiz, da cuenta que la accionante cumplía con temas administrativos, y si bien dijo que dependía de la junta directiva y de varios socios, así como que recibía memorandos del Presidente de la

junta directiva y que en razón de ello, luego le llamaba la atención a su equipo de trabajo, adujo que le constaban lo anterior por lo que la misma accionante lo manifestaba, por lo que en tal sentido se trata de una testigo de oídas, por demás que las solicitudes de permisos a las que hace referencia, no le consta si eran recibidas y contestada por algún representante del empleador.

- Erlady Rodríguez Valero, basó su declaración en suposiciones, pues expuso que "pensaba" que la actora dependía de la junta directiva, aunado a que también resultó un testigo de oídas en lo referente a los memorandos que recibía de la junta directiva y reuniones y/o las asambleas de la sociedad, pues manifestó que era ella quien señalaba que había sido objeto de amonestación y que decía tengo junta, tengo que presentar informes, reportes, rendir cuentas.
- Armando Vásquez Escobar, por el contrario, dijo que la actora no dependía de nadie y que no tenía jefe directo.

Así las cosas, se REVOCARÁ la sentencia de primer grado, y en su lugar, ABSOLVERÁ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCARÁ** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Flor Eli Rosas Beltrán en contra de Agencias de Viajes Villa de Leiva S.A. En su lugar, se ABSUELVE a Agencias de Viajes Villa de Leiva S.A, de las pretensiones incoadas en su contra por Flor Eli Rosas Beltrán.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA[1]

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias ~~en derecho~~ la suma de $450,000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

---

[1] ***RESUELVE***

PRIMERO. – ***REVOCARÁ*** *la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Flor Eli Rosas Beltrán en contra de Agencias de Viajes Villa de Leiva S.A. En su lugar, se ABSUELVE a Agencias de Viajes Villa de Leiva S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por Flor Eli Rosas Beltrán.*

SEGUNDO. – *Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se estudia en GRADO JURISDICCIONA DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARIO BULLA GARCÍA HERREROS promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante solicita la reliquidación de su pensión de vejez tomando como IBL el promedio de lo cotizado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores constitutivos de salario. Igualmente solicita retroactivo, intereses moratorios, e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en que Colpensiones al momento de reconocer su pensión no tuvo en cuenta que por haber laborado en el sector público tenía derecho a que se le liquidara su prestación con base en el último año de servicios.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el IBL fue calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y que según el artículo 36 *ejusdem* el IBL no está incluido como los elementos que conservó el régimen anterior, pues éstos únicamente fueron edad, tiempo y monto.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, han indicado que la pensión reconocida de conformidad con el régimen de transición se debe liquidar según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es posible efectuar el reajuste solicitado teniendo en cuenta el último año de servicios.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible reliquidar la pensión del accionante teniendo en cuenta para ello el último año de servicios prestados?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Reliquidación pensional

No fue objeto de controversia el estatus de pensionado del demandante, sin embargo, el mismo se corrobora con la documental allegada al proceso y visible a folio 28 a 31 del informativo, contentivo de la resolución GNR 351806 de 2014, a través de la que Colpensiones reconoce pensión a partir del 01 de julio de 2014, en cuantía de $3'831.148, sobre un ingreso base de liquidación de $5'108.197, con un 75% como porcentaje de liquidación. Valga la pena aclarar que al actor se le

reconoció la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siéndole aplicable la Ley 71 de 1988.

Decantado lo anterior, es claro que el demandante cuenta con derecho a que se le apliquen los preceptos consagrados en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, esto es la Ley 71 de 1988, sin embargo, debemos precisar que los beneficios otorgado por el régimen de transición se relacionan única y exclusivamente con el requisito de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto pensional, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión, siendo claro entonces que el ingreso base de liquidación debe ser determinado conforme lo establece el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Por tanto, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes les faltaba menos de diez (10) años para adquirir el derecho, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes les faltaba más de diez (10) años para adquirir el derecho, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas.

El anterior criterio, ha sido expuesto por la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU-230 de 2015, donde además se advirtió que con ello, no se vulneran principios como el de favorabilidad e inescindibilidad de los regímenes, como quiera que el término monto conforme a la interpretación que realizó no incluye el IBL por expresa regulación de la Ley 100 de 1993. Igualmente, el criterio señalando ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, 06 de abril de 2016, Rad. 51152, SL1806-2018, SL3738-2019, y SL3107-2020.

Con base en lo anteriormente expuesto, se concluye que le asiste razón a la entidad que reconoció la pensión de vejez del demandante, como quiera que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 de ninguna manera establece que los trabajadores beneficiarios de régimen de transición se les liquidará la pensión con el base en el último año de servicio cotizado.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que FRANCISCO MONZOQUE promoviese contra AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo que terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita la ineficacia del finiquito del vinculo laboral, su reubicación, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, indemnización moratoria, indexación, e intereses moratorios o corrientes.

Subsidiariamente, se pretende el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido sin justa causa, indexación, e intereses moratorios o corrientes.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el despido que acaeció sobre el accionante, pese a que había sufrido un accidente laboral el 10 de diciembre de 2013, situación que el dejó secuelas en su mano izquierda, así como episodios de ansiedad.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, expuso, en síntesis, que el contrato de trabajo finalizó por la terminación de la obra para la cual había sido vinculado el accionante, quien debía realizar labores de aseo con ocasión del contrato interadministrativo 809 de 2012, el que expiró el 11 de febrero de 2018, de manera que, se está frente a una causa legal de terminación del contrato de trabajo.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLÁRESE** ineficaz la terminación del contrato de trabajo del actor, que realizó la demandada.

SEGUNDO. - **CONDÉNESE** a la demandada a reintegrar y ubicar al actor a un cargo igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando y teniendo en cuenta las recomendaciones médicas dadas por Mapfre, a partir del 11 de febrero de 2018.

TERCERO. - **CONDÉNESE** a la demandada a reconocer salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, desde el 11 de febrero de 2018 y hasta el 24 de abril de la misma anualidad, fecha en que se dio cumplimiento a la sentencia de tutela, y lo que se cause con posterioridad.

CUARTO. - **ABSUÉLVASE** de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. - **DECLÁRESE** no probada las excepciones propuestas por la demandada.

En síntesis, refirió que no existió controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, y el accidente de trabajo que sufrió el accionante el 10 de diciembre de 2013.

Apuntó que, no toda discapacidad goza de la protección de la estabilidad laboral reforzada, y por el contrario debe se debe contar con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 15% o más, lo que se acredita con la calificación realizada por Mapfre en la que se concluye una pérdida de capacidad laboral del 21,10%.

Adujo que, el empleador conocía el estado de salud del actor, pues ello fue aceptado en la demanda por demás que obran recomendaciones que le realizó Mapfre frente a las condiciones en que debía laborar.

Finalizó agregando que, si bien la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es el 24 de mayo de 2018, data posterior a la terminación del contrato de trabajo, y existir una presunta causa objetiva de la finalización del vínculo laboral, debe primar la estabilidad laboral reforzada del trabajador, pues conforme a la Corte Constitucional es necesario en situaciones de expiración del plazo pactado pedir permiso al Ministerio de Trabajo.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que el contrato que vinculó a las partes fue un contrato de obra, por manera que su duración quedó condicionada a la existencia de la labor y la vigencia del convenio 809 de 2012, el que finalizó el 11 de febrero de 2018.

Indicó que, si bien se presume que el despido del trabajador es con ocasión de su situación de salud, ello no quiere decir que no se pueda demostrar lo contrario, como lo es que, el nexo finiquitó por una causa objetiva, como lo es la expiración de la obra, por lo que no se requería autorización previa del Ministerio de Trabajo, lo que se soporta en decisiones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

Añadió que, en el proceso quedó en evidencia que al momento de la terminación del contrato de trabajo, el accionante no estaba calificado, y que su fecha de estructuración es superior a febrero de 2018, data de terminación del contrato de trabajo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de marzo de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿El accionante estaba al momento de su despido de estabilidad laboral reforzada con ocasión de su estado de salud?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Estabilidad Laboral Reforzada. Ley 361 de 1997

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de Seguridad Social cubre, pues su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, y que se deben reunir tres requisitos para la aplicación de tal norma: a) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; b) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, c) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL15038-2016).

Posteriormente, dicha corporación a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina expuesta, para señalar que *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz.

De igual manera, a partir del 10 de junio de 2011, se avino una nueva realidad normativa con la entrada en vigor de la Convención Sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019); instrumento internacional que abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en la que era asimilada a una enfermedad o imperfección de la persona que era necesario corregir.

Así, se implementó el denominado "modelo social", conforme al cual, la discapacidad no se encuentra en el individuo sino por fuera de él, concretamente, en la sociedad, de ahí que la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De esta manera, señala la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral que, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, quedó sin sustento la doctrina erigida sobre el concepto de persona *limitada* que originalmente traía el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y de contera, la construcción jurisprudencial que al respecto se hizo sobre los grados de limitación contenidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, ya derogado.

Por lo anterior, a la hora de establecerse si un trabajador es beneficiario de la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, nada tiene que ver el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que llegue a tener, porque la Convención, ni la Ley 1618 de 2013, comprenden al ser humano de esa manera.

Por tanto, si un trabajador padece una deficiencia mental o física que le impide sustancialmente el desempeño de sus funciones, en igualdad de condiciones con los demás, se encuentra en situación de discapacidad, independientemente de que tenga o no un dictamen de pérdida de capacidad laboral en firme, o del porcentaje con el que haya sido calificado, Al respecto, también se pueden consultar las sentencias SL3488-2020, SL3911-2020, SL2586-2020, SL4113-2020, entre otras.

El anterior entendimiento, es acorde con la sentencia SU-049 de 2017 de la H. Corte Constitucional, quien ha expuesto que es dable amparar el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares

Así las cosas, y como quiera que, el actor fue despedido con efectos a partir del 11 de febrero de 2018, según se infiere de la carta de terminación de folio 31, el asunto debe ser estudiado con la nueva realidad aludida, por lo que, la Sala se remite a la documental allegada a folios 40 a 198, de las que se logra concluir que el accionante el 10 de diciembre de 2013 sufrió un accidente laboral (fls. 40 a 44), por cuanto presentó una lesión traumática en el antebrazo, que sería diagnosticado según dictamen para determinación de origen del accidente de Saludcoop EPS como, "Contusión de Mano Izquierda" (fls. 47 y 48), y que posteriormente Mapfre Colombia determinó que tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 21,10% con un diagnóstico de "Fractura de la Epífisis Inferior del Radio, Contusión de Otras Partes de la Muñeca de la Mano (Izquierda)", con fecha de estructuración 24 de mayo de 2018, el que tuvo como fundamento además del accidente narrado, otro accidente laboral que acaeció el 30 de octubre de 2014 (fls. 384 a 392).

Aunado a lo anterior, respecto de tal patología se hicieron diferentes valoraciones, debido a que el dolor que sufría el paciente persistía, presentaba restricción en la movilidad de su puño, persistía la inflamación de su brazo, tenía disminución en su fuerza, presentó disminución en la mineralización ósea, por lo que, aducía constantemente de consultas médicas, donde le fueron recomendadas diferentes sesiones de terapia, tratamientos con frio-calor, medicación para el dolor, fue sometido a exámenes de fisiatría, le realizaron una cirugía (fls. 54 a 188). Igualmente, Mapfre Colombia realizó recomendaciones laborales al empleador demandado a fin de proteger el estado de salud del accionante (fl. 50, 53 y 189).

Al punto, se aclara que, se ha admitido la historia clínica como prueba calificada máxime cuando se tiene certeza de su procedencia (sentencia SL1292-2018, SL4078-2019), y que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne, de modo que puede ser controvertido ante los jueces del trabajo (sentencia del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018), por demás que, en la citada sentencia SL2586-2020, se determinó que de permitirse la anterior solemnidad su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad "*que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral*".

Conforme a lo expuesto, es dable considerar que al ser el actor tratado por una lesión que le generó una pérdida de capacidad laboral del 21,10%, de la que por demás el empleador tenía conocimiento por ser consecuencia de un accidente laboral y habérsele efectuado recomendaciones laborales por parte de Mapfre Colombia, su despido puede representarle una imposibilidad para que participe efectivamente en la sociedad, a causa de sus limitaciones o deficiencias del entorno social, de modo que, en tales condiciones la terminación efectuada a partir del 11 de febrero de 2018, se presume que fue con ocasión de su estado de incapacidad, de manera que, se procede a verificar si la demandada acreditó que la ocurrencia del finiquito contractual acaeció por causas diferentes al estado de salud del actor.

Sobre el tópico, encontramos a folio 31 que la accionada motivó su carta de despido con ocasión a la terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012, perteneciente al proyecto de aseo. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 06 de marzo de 2013, Rad. 39050 reiterada en la sentencia SL2827-2020 señaló que la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada no depende de la voluntad o el capricho del empleador o del trabajador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, señalándose en sentencia SL2586-2020 que *"la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que, desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente"*, empero que, la empresa que alega la terminación de la obra, debe acreditar que ese hecho efectivamente ocurrió, en tanto que *"en su calidad de dueña del negocio se encuentra en mejor posición probatoria para documentarse y acreditar la efectiva terminación de las actividades contratadas"*.

En igual sentido, en sentencia SL3125-2020 se adujo que para que se pueda tener por objetiva tal causal de terminación es necesario que se descarte cualquier sesgo discriminatorio, pues no basta con exhibir el advenimiento del plazo pactado, sino que debe el llamado a juicio debe probar que *"la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato"*.

478

Así las cosas y bajo tales derroteros, encontramos que entre las partes inicialmente se celebró contrato a término fijo el 16 de diciembre de 2012, que fue prorrogado en dos ocasiones hasta el 16 de junio de 2013, mutando el día siguiente, 17 de junio de 2013, a contrato de obra o labor, sin que dicha situación fuera objeto de controversia (fls. 28, 30, 35, 36, y 271 a 274). Al punto se aclara que, el preaviso de folio 18 no surtió efectos, dado que se estableció que la relación laboral habría de terminar el 16 de abril de 2013, pero contrario a ello, se efectuó prórroga del contrato, tal y como se evidencia en el documento visible a folio 273.

Ahora bien, el contrato de trabajo a término fijo fue celebrado con el objeto de que el accionante desempeñara el cargo de operario de barrido, y el de obra y labor, como operario de recolección y de barrido, señalándose que el término de duración estaba condicionado a la existencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-080092012 de 2012 celebrado entre Aguas de Bogotá S.A ESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (fls. 275 y 276); relación que tenía por objeto realizar actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda Bogotá D.C, bajo la dirección y supervisión de la demanda, según prorrogas y contrato visibles folios 328, 329, 343 a 359.

De igual manera, es necesario destacar que se allega la modificación n° 21 al contrato interadministrativo 1-07-10200-080092012, en el que se pone de presente que se prorrogaba el plazo de su ejecución hasta el 12 de febrero de 2018 (fls. 328 y 329); y que el contrato interadministrativo finalizaba, entre otras razones, por vencimiento de su vigencia si no era prorrogado según la cláusula décima primera (fls. 349 a 359).

Así las cosas, se considera, que se acreditó que la terminación del vínculo no fue consecuencia de algún tipo de sesgo discriminatorio de la empresa demandada sobre el actor, pues por el contrario lo que se evidencia es que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador desapareció al perder vigencia el contrato interadministrativo, sin que en ningún momento el demandante hubiese hecho mención que el contrato perduró.

Finalmente, a folios 395 a 406 se allegó Acuerdo de Formalización entre las Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y Aguas de Bogotá S.A ESP y la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo, donde se pone de presente que, la primera era la que iba a garantizar el principio de estabilidad de los trabajadores vinculados en virtud del pluricitado contrato interadministrativo, contratándolos para desarrollar las actividades operativas derivadas del mismo con Aguas Bogotá S.A ESP o con otro operador; y que tal protección recaería sobre los trabajadores señalados en un listado anexo, sin que este hubiese sido allegado. No obstante, a juicio no fue llamada la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, así tampoco se demostró que hubiese existido continuidad en el objeto que se desarrollaba con el contrato interadministrativo con otro operador.

Así las cosas, no queda otro camino que REVOCAR la condena impuesta por el *A quo*, y verificar si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones subsidiarias.

Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997

El inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, tendrá derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario. Al punto, como se ha expuesto a lo largo de esta sentencia está demostrado que la terminación del contrato de trabajo acaeció como consecuencia de la pérdida de vigencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-080092012, motivo por el cual no hay lugar a su reconocimiento.

Indemnización por despido sin justa causa

De igual manera, ha de reiterarse que la relación laboral finiquitó como resultado de la finalización de la obra para la que fue contratado el accionante, con ocasión a la pérdida de vigencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-080092012, razón por la que, se considera no hay lugar a su pago.

Corolario de lo anterior, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se ABSOLVERÁ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

479

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA[1]

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(SALVO VOTO)

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000= a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

---

[1] ***RESUELVE***

PRIMERO.- REVOCAR *la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra.*

SEGUNDO.- COSTAS *en ambas instancias a cargo de la parte actora.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Protección S.A. y Porvenir S.A., y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que BLANCA NORBY BUITRAGO VELÁSQUEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado que realizó la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A..

Como consecuencia de ello, depreca el retorno de la actora al régimen de prima media administrado por Colpensiones, también solicita se declare la "nulidad" del traslado entre administradoras del RAIS realizado por la demandante entre Porvenir y Protección S.A. y con ello, ordenar a esta última a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado de la actora.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre estas la de prescripción.

Adujo que, no era procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo o ineficaz, pues dentro del plenario obran medios de prueba que demuestran que el traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el fondo privado le suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conllevaría el traslado.

Menciona que no es procedente que Colpensiones acepte el traslado de la actora, pues a la fecha cuenta con más de 50 años, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición y con el traslado realizado no perdió ningún derecho.

Indica que el hecho de que los afiliados se trasladen del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad obedece a la libre voluntad de los mismos, la cual, no puede ser restringida por ningún motivo, ni por el extinto Instituto de los Seguros Sociales ni por Colpensiones.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que considera tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad o ineficacia es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria

por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Menciona que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Narra que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones contra esta impetradas y presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

Indicó que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad y/o ineficacia en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho

menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*" **Primero:** Declárase nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante Blanca Norby Buitrago Velázquez, identificada con la cédula de ciudadanía número 35.313.435, del régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy sustituido por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en esa época por Horizonte, hoy Porvenir y su posterior traslado entre fondos privados, con efectividad a partir del 1 julio de 1994, conforme a lo expuesto.*

***Segundo:** Declárese válidamente vinculada al demandante Blanca Norby Buitrago Velázquez, identificada con la cédula de ciudadanía número 35.314.455, al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a lo indicado.*

***Tercero:** Condénese a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, antes Horizonte, a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración a la demandante y estos costos por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio propio de la administradora, pero también deben ser devueltos debidamente indexados. Durante el tiempo que*

permaneció en dicho fondo esto es a partir del 1 julio de 1994 hasta 30 mayo de 1995, de acuerdo a lo indicado en la parte emotiva

Cuarto: *Condénese a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimiento y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que en la que permaneció en ese fondo, es decir, desde el 1 junio de 1995 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo de pensiones, debidamente indexados, acorde a lo indicado.*

Quinto: *Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo motivado.*

Sexto: *Declárese no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.(...)"*

En síntesis, indica que, atendiendo los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión se verifica en primer lugar el tema del régimen de transición, el cual fue consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en sentencias C - 789 del 2002, C - 1024 del 2004, C- 062 del 2010 y la de unificación SU 130 del 2013, en donde se estableció que aquellas personas beneficiarias del régimen de transición podían retornar sin inconveniente alguno al Régimen de Prima Media.

En el caso de la demandante, indica, nació el 21 de febrero de 1958, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años, razón por la cual, en principio tenía derecho al régimen de transición; posteriormente, el Acto Legislativo 01 del 2005 limitó ese régimen de transición hasta el año 2010 y 2014 al cumplirse ciertos requisito como era tener 750 semanas o más a la fecha de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, esto es al 29 de junio 2005, encontrándose así, en principio, cobijada por el régimen de transición, sin embargo, como la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual ello la haría perder el régimen de transición, ahora, frente al segundo de los requisitos se tiene que solamente demostró haber cotizado 612.14 semanas, las que, al convertir a años no dan los 15 años de servicio, por lo tanto no es posible que la accionante retorne al régimen de prima media sin inconveniente alguno.

Aduce, que si bien en este caso se habla del error y la fuerza como vicios del consentimiento, a su juicio, lo que realmente se configura es un dolo, el cual se encuentra consagrado en el artículo 63 del Código Civil, ello por cuanto el fondo

administrador de pensiones Horizonte, no actuó con aquel cuidado que algunas personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Menciona que no tiene certeza que lo lleve al convencimiento de que efectivamente le entregaron a la demandante toda la información necesaria al momento de la firma de la afiliación inicial y si bien, en el interrogatorio de parte la demandante dice que fue por directrices de la empresa donde laboraba que se trasladó, no es menos cierto que el fondo administrador de pensiones debía actuar cuidado y prudencia, y debía entregarle toda la información necesaria para efectos de que pudiera tomar esa decisión debidamente informada, esto es una información clara, pertinente, conducente y útil para que ella tomara la mejor decisión y en este caso no se encontraron evidencias que lo llevaran al convencimiento de tal situación, máxime en el caso de la demandante, a quien el fondo encartado debió informarle que era beneficiaria del régimen de transición.

Refiere que a partir de la expedición de la sentencia del SL 12136 del 3 septiembre de 2014, radicado No. 406292, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyó que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico del traslado de régimen resulta o no ineficaz.

Narra que, en el caso de la demandante no se respetó lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, ya que se encontraba afiliada al régimen de prima media a partir del 1° de abril de 1994 y debía permanecer como mínimo 3 años en dicho régimen, posteriormente se trasladó en el año 94 y posteriormente en el año 95, el primero fue traslado de régimen, el segundo fue traslado entre fondos privados y ninguno de ellos tuvo la precaución de estudiar esta situación, para precisamente devolver esta vinculación; aduce, no obra evidencia que indique que el fondo privado hubiera informado a la demandante que quedaba vinculada automáticamente por 3 años al régimen de prima media, así como tampoco le informaron que estaba en régimen de transición y en esta medida se encuentra dentro de los presupuestos consagrados en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, esto es, su afiliación valida era al ISS hoy Colpensiones, sin que el traslado entre una y otra administradora implique la ratificación del cambio de régimen.

Refiere que, para ratificar la nulidad o ineficacia, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la administradora debe suministrar al afiliado la información completa y comprensible sobre los riesgos que implica el traslado de régimen, así como los beneficios que obtendría, es decir, debe quedar plenamente acredito en el proceso que la demandada garantizó a la parte interesada la información para su decisión, máxime cuando la carga de la prueba consistía en demostrar que se cumplió con esta obligación legal lo cual, brilla por su ausencia en este caso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, menciona que desde el año 2008 la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la posición que

indica que estas acciones no prescriben, puesto que emanan del reconocimiento a la dignidad de la persona por ser un derecho fundamental de la seguridad social.

4. Argumentos de los recurrentes

Porvenir S.A., aduce que sui recurso se encamina a controvertir la orden de devolución de los costos de administración, pues al momento en que la demandante se trasladó a Horizonte – hoy Porvenir, la deducción de dichos emolumentos se hizo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Argumenta, que esa entidad ha actuado de buena fe durante todos los años en que la actora ha estado afiliada, produciendo una rentabilidad a los dineros de esta, por ello, esos costos están acordes con la ley, máxime cuando existe un tercero de buena fe que no debe verse afectado por dicha situación.

Finalmente, solicita se analicen las costas proferidas pues, a su juicio, son excesivas para un proceso de nulidad.

Protección S.A., interpone su recurso contra el numeral tercero del fallo en el cual se ordena la devolución de los gastos de administración. Argumenta que, de acuerdo al Concepto 116 de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia, las AFPS no están en la obligación de trasladar los gastos de administración, ya que fueron causados en el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual, de la cual, el afiliado tuvo unos rendimientos.

Manifiesta que todos los procesos correspondientes de administración que se requieren por parte de las AFPS para poder cumplir con los reglamentos correspondientes y las viabilidades para que se generen los rendimientos, así como el tema de colocar los dineros en cuentas del exterior genera unos gastos y que además a la demandante ello le genera unos beneficios, pues deben trasladarse todos los rendimientos a que hubiere lugar.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del

cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar, y de cara a lo indicado por el juzgador de primer grado, que de las documentales allegadas se evidencia que la demandante inició a cotizar en el otrora Instituto de los Seguros Sociales desde el mes de marzo de 1979 (fls. 27-28, 108 y 189-190) hasta el mes de junio de 1994, ya que el 30 de junio dicho año suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (fl. 146 y 149) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues, se itera, anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Por lo anterior, y como quiera que la vinculación de la actora al ISS data de 1979 no habría lugar a dar aplicación al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993[1] (original), vigente para la época del traslado de la actora en el año 1994.

Hecha la anterior precisión, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[2], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

[1] E) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional..
[2] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[3]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

[3] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 146 y 149 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de junio de 1994 con la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a

una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de

reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades** que **pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la** parte **interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta ser declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y no su nulidad, por lo que la sentencia de primer grado se modificará en tal sentido.

Ahora bien, en cuanto al tema de ratificación del acto de traslado por cambio de administradoras del RAIS, desde la ya mencionada sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

De otro lado, atendiendo los argumentos esgrimidos por los apelantes en cuanto a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, en la sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se

encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a la solicitud de los recurrentes de revisar el monto señalado como agencias en derecho, el numeral 5 del artículo 366 del CPG, aplicable por analogía al procedimiento laboral (art. 145 CPTSS), dispone que el monto de las agencias en derecho solo se podrá controvertir mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, por lo que no hay lugar a efectuar un mayor análisis frente al particular al no ser este el momento procesal oportuno para presentar recurso alguno contra el monto fijado como agencias en derecho.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia de primer grado, para declarar la INEFICACIA del traslado del demandante del RPM al RAIS, y no como allí se dispuso.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar dicho numeral quedará así:

***"Primero:** Declárase ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante Blanca Norby Buitrago Velázquez, identificada con la cédula de ciudadanía número 35.313.435, del régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy sustituido por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en esa época por Horizonte, hoy Porvenir y su posterior traslado entre fondos privados, con efectividad a partir del 1 julio de 1994, conforme a lo expuesto."*

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto 1

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CARMENZA DEL ROSARIO MELO PÁEZ promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la imposibilidad de continuar cotizando al régimen de prima por parte de la actora, así como la negativa de Colpensiones de reconocer la prestación que se pretende.

2. Actuación Procesal

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), de forma principal expuso que, la accionante cuenta con una pensión de jubilación reconocida por la Secretaria de Educación Municipal de Santa Cruz de Lorica a través de la Resolución 194 de 2018, por lo que los aportes cotizados a Colpensiones deben ser usados para financiar tal prestación.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas

SEGUNDO. - **CONDENAR** a Colpensiones a pagar a la demandante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía $32'293.725 calculados al año 2020.

En síntesis, refirió que, la actora cuenta con 58 años y manifestó su imposibilidad de seguir cotizando.

Agregó además que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia no es posible considerar que las prestaciones pagadas por Colpensiones sean dineros públicos, pues los aportes tienen como origen el patrimonio del trabajador; y que son prestaciones que con fuentes diferentes.

Sobre la prescripción, se indicó que ella no opera de forma total, por tratarse de una prestación que no es objeto de tal fenómeno, en adición a que se causó en 2018, al cumplirse la edad en tal año; y que no se encuentra que se hubiera pagado algún dinero a favor de la actora para que se pueda declarar la excepción de compensación.

4. Argumentos de la Recurrente

Expuso que, al estarse frente a un único sistema general de pensiones en Colombia que amparan el mismo riesgo, la pensión de jubilación ante el Magisterio debe ser financiada y pagada con las semanas efectuadas a Colpensiones.

Finalmente, señaló que en la Circular 01 de 2012 de Colpensiones se establece que prestaciones son compatibles y cuales, no, señalándose que las pensiones causadas después de 2003 no pueden generar una nueva prestación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable imponer a la actora intereses moratorios?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Indemnización sustitutiva. Compatibilidad con pensión del Magisterio.

Señala la recurrente que no es dable acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, ya que existe una incompatibilidad entre ésta y la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante mediante Resolución 194 de 2016 por parte de la Secretaria de Educación Municipal de Santa Cruz de Lorica- Córdoba – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que se encuentra visible a folios 32 a 34.

Sobre el tópico, sea lo primero precisar, que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al tener la accionante el estatus de docente oficial y encontrarse excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 06 de diciembre de 2011, Rad. 40848, SL451-2013, SL3684-2020, entre otras.

Ahora bien, se aduce en la impugnación que después de 2003, no es posible considerar como compatibles la indemnización sustitutiva y la pensión reconocida por el Magisterio, respecto de lo que se debe recordar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27 de junio de 2003 (como es el caso, la actora ingresó el 11 de agosto de 1994- fl.32), estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad real de financiar

una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente (sentencia SL2649-2020).

Por otra parte, es menester aclarar que el artículo 128 de la Constitución Política, ciertamente refiere que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, no obstante, las cotizaciones efectuadas a Colpensiones, corresponden a cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor, resaltándose que tienen origen en el sector privado, tal como se observa en el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante a folios 53 a 58, por lo que, no puede de establecerse que los aportes tengan la calidad de públicos. Al respecto, se puede consultar las sentencias SL9730-2014, SL5118-2019, y SL2649-2020 de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que le asiste razón al A quo en la condena de la indemnización sustitutiva a cargo de Colpensiones, por lo que se procederá a verificar si operó el fenómeno prescriptivo y su valor.

Prescripción

La H. Corte Constitucional en sentencias como la T -510 de 2017, que reitera la T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto buscan sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STL20644-2017 y SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica; motivo por el que es imprescriptible.

Por las anteriores razones, no es dado considerar que operó el fenómeno prescriptivo, más aún si se tiene en cuenta que apenas el 08 de julio de 2018 la demandante cumplió 57 años, tal y como se desprende de la cedula de ciudadanía y de registro civil de nacimiento obrante a folios 20 y 21.

Liquidación indemnización sustitutiva

Para el efecto, la Sala se remite al artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en donde se establece que para calcular la indemnización sustitutiva se debe utilizar la siguiente formula: I = SBC x SC x PPC, donde SBC es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado; SC, es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento; y PPC, es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de pensión por riesgo común.

Así las cosas, y efectuadas las operaciones de rigor que se observan en la figura 1, tenemos que el valor a reconocer es la suma de **$23'605.586,26**, valor inferior al establecido por el A quo, motivo por el que en grado jurisdiccional de consulta se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de establecer la suma aludida.

				Año 1989			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
10/02/89	28/02/89	19	47.370,00	1.579,00	$ 30.001,00		
01/03/89	31/03/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/04/89	30/04/89	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/05/89	31/05/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/06/89	30/06/89	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/07/89	31/07/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/08/89	31/08/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/09/89	30/09/89	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/10/89	31/10/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/11/89	30/11/89	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/12/89	31/12/89	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
Total días		325			$ 513.175,00	$ 1.579,00	$ 47.370,00

				Año 1990			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/02/90	28/02/90	28	70.260,00	2.342,00	$ 65.576,00		
01/03/90	31/03/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/04/90	30/04/90	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/05/90	31/05/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/06/90	30/06/90	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/07/90	31/07/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/08/90	31/08/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/09/90	30/09/90	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/10/90	31/10/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/11/90	30/11/90	30	70.260,00	2.342,00	$ 70.260,00		
01/12/90	31/12/90	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
Total días		365			$ 831.177,00	$ 2.277,20	$ 68.315,92

				Año 1991			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	70.260,00	2.342,00	$ 72.602,00		
01/02/91	28/02/91	28	70.260,00	2.342,00	$ 65.576,00		
01/03/91	31/03/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/04/91	30/04/91	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/05/91	31/05/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/06/91	30/06/91	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/07/91	31/07/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/08/91	31/08/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		

01/09/91	30/09/91	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/10/91	31/10/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/11/91	30/11/91	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/12/91	31/12/91	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
Total días		365			$ 1.046.692,00	$ 2.867,65	$ 86.029,48

				Año 1992			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/02/92	29/02/92	29	111.000,00	3.700,00	$ 107.300,00		
01/03/92	31/03/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/04/92	30/04/92	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/05/92	31/05/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/06/92	30/06/92	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/07/92	31/07/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/08/92	31/08/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/09/92	30/09/92	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/10/92	31/10/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/11/92	30/11/92	30	111.000,00	3.700,00	$ 111.000,00		
01/12/92	31/12/92	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
Total días		366			$ 1.331.539,00	$ 3.638,08	$ 109.142,54

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	111.000,00	3.700,00	$ 114.700,00		
01/02/93	28/02/93	28	111.000,00	3.700,00	$ 103.600,00		
01/03/93	31/03/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/04/93	30/04/93	30	150.270,00	5.009,00	$ 150.270,00		
01/05/93	31/05/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/06/93	30/06/93	30	150.270,00	5.009,00	$ 150.270,00		
01/07/93	31/07/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/08/93	31/08/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/09/93	30/09/93	30	150.270,00	5.009,00	$ 150.270,00		
01/10/93	31/10/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/11/93	30/11/93	30	150.270,00	5.009,00	$ 150.270,00		
01/12/93	31/12/93	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
Total días		365			$ 1.751.054,00	$ 4.797,41	$ 143.922,25

				Año 1994			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	150.270,00	5.009,00	$ 155.279,00		
01/02/94	28/02/94	28	150.270,00	5.009,00	$ 140.252,00		
01/03/94	31/03/94	31	188.975,00	6.299,17	$ 195.274,17		
01/04/94	30/04/94	30	188.975,00	6.299,17	$ 188.975,00		
01/05/94	31/05/94	31	188.975,00	6.299,17	$ 195.274,17		
01/06/94	30/06/94	30	188.975,00	6.299,17	$ 188.975,00		
01/07/94	31/07/94	31	188.975,00	6.299,17	$ 195.274,17		
01/08/94	31/08/94	31	188.975,00	6.299,17	$ 195.274,17		
01/09/94	30/09/94	30	188.975,00	6.299,17	$ 188.975,00		
01/10/94	31/10/94	31	188.975,00	6.299,17	$ 195.274,17		
01/11/94	30/11/94	30	188.975,00	6.299,17	$ 188.975,00		
01/12/94	02/12/94	2	188.975,00	6.299,17	$ 12.598,33		
Total días		336			$ 2.040.400,17	$ 6.072,62	$ 182.178,59

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/03/95	31/03/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/04/95	30/04/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/05/95	31/05/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/06/95	30/06/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/07/95	31/07/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/08/95	31/08/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/09/95	30/09/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/10/95	31/10/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
01/11/95	30/11/95	30	358.769,00	11.958,97	$ 358.769,00		
Total días		270			$ 3.228.921,00	$ 11.958,97	$ 358.769,00

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00375 -01
Demandante: **CARMENZA DEL ROSARIO MELO PÁEZ**
Demandado: **COLPENSIONES**

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/96	29/02/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/03/96	31/03/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/04/96	30/04/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/05/96	31/05/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/06/96	30/06/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/07/96	31/07/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/08/96	31/08/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/09/96	30/09/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/10/96	31/10/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
01/11/96	30/11/96	30	397.463,00	13.248,77	$ 397.463,00		
Total dias		300			$ 3.974.630,00	$ 13.248,77	$ 397.463,00

				Año 1997			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/97	28/02/97	4	352.127,00	11.737,57	$ 46.950,27		
01/03/97	31/03/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/04/97	30/04/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/05/97	31/05/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/06/97	30/06/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/07/97	31/07/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/08/97	31/08/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/09/97	30/09/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/10/97	31/10/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
01/11/97	30/11/97	30	352.127,00	11.737,57	$ 352.127,00		
Total dias		274			$ 3.216.093,27	$ 11.737,57	$ 352.127,00

				Año 1998			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/98	28/02/98	5	436.637,00	14.554,57	$ 72.772,83		
01/03/98	31/03/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/04/98	30/04/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/05/98	31/05/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/06/98	30/06/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/07/98	31/07/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/08/98	31/08/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/09/98	30/09/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/10/98	31/10/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/11/98	30/11/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
01/12/98	31/12/98	30	436.637,00	14.554,57	$ 436.637,00		
Total dias		305			$ 4.439.142,83	$ 14.554,57	$ 436.637,00

				Año 1999			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/07/99	31/07/99	5	551.000,00	18.366,67	$ 91.833,33		
01/10/99	31/10/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	551.000,00	18.366,67	$ 551.000,00		
Total dias		275			$ 5.050.833,33	$ 18.366,67	$ 551.000,00

				Año 2000			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/00	29/02/00	15	551.100,00	18.370,00	$ 275.550,00		
01/03/00	31/03/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/04/00	30/04/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/05/00	31/05/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/06/00	30/06/00	30	811.100,00	27.036,67	$ 811.100,00		
01/07/00	31/07/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/08/00	31/08/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/09/00	30/09/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/10/00	31/10/00	30	551.100,00	18.370,00	$ 551.100,00		
01/11/00	30/11/00	19	600.699,00	20.023,30	$ 380.442,70		
01/12/00	31/12/00	28	600.699,00	20.023,30	$ 560.652,40		
Total dias		302			$ 5.885.445,10	$ 19.488,23	$ 584.646,86

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00375 -01
Demandante: CARMENZA DEL ROSARIO MELO PÁEZ
Demandado: COLPENSIONES

				Año 2001			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/01	28/02/01	29	506.207,00	16.873,57	$ 489.333,43		
01/03/01	31/03/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/04/01	30/04/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/05/01	31/05/01	27	523.662,00	17.455,40	$ 471.295,80		
01/06/01	30/06/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/07/01	31/07/01	19	523.662,00	17.455,40	$ 331.652,60		
01/08/01	31/08/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/09/01	30/09/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/10/01	31/10/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/11/01	30/11/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/12/01	31/12/01	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
Total días		315			$ 5.481.577,83	$ 17.401,83	$ 522.055,03

				Año 2002			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/02	28/02/02	13	523.662,00	17.455,40	$ 226.920,20		
01/03/02	31/03/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/04/02	30/04/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/05/02	31/05/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/06/02	30/06/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/07/02	31/07/02	18	523.662,00	17.455,40	$ 314.197,20		
01/08/02	31/08/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/09/02	30/09/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/10/02	31/10/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/11/02	30/11/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
01/12/02	31/12/02	30	523.662,00	17.455,40	$ 523.662,00		
Total días		301			$ 5.254.075,40	$ 17.455,40	$ 523.662,00

				Año 2003			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/03	28/02/03	17	476.714,00	15.890,47	$ 270.137,93		
01/03/03	31/03/03	28	476.714,00	15.890,47	$ 444.933,07		
01/04/03	30/04/03	29	476.714,00	15.890,47	$ 460.823,53		
01/05/03	31/05/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/06/03	30/06/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/07/03	31/07/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/08/03	31/08/03	27	476.714,00	15.890,47	$ 429.042,60		
01/09/03	30/09/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/10/03	31/10/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/11/03	30/11/03	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/12/03	31/12/03	3	476.714,00	15.890,47	$ 47.671,40		
Total días		284			$ 4.512.992,53	$ 15.890,47	$ 476.714,00

				Año 2005			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/05	28/02/05	3	424.410,00	14.147,00	$ 42.441,00		
01/03/05	31/03/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/04/05	30/04/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/06/05	30/06/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/08/05	31/08/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/09/05	30/09/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/10/05	31/10/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/11/05	30/11/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
01/12/05	31/12/05	30	476.714,00	15.890,47	$ 476.714,00		
Total días		243			$ 3.856.153,00	$ 15.868,94	$ 476.068,27

				Año 2006			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/06	28/02/06	9	428.654,00	14.288,47	$ 128.596,20		
01/03/06	31/03/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/04/06	30/04/06	28	428.654,00	14.288,47	$ 400.077,07		
01/05/06	31/05/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/06/06	30/06/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/07/06	31/07/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/08/06	31/08/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/09/06	30/09/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/10/06	31/10/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/11/06	30/11/06	30	428.654,00	14.288,47	$ 428.654,00		
01/12/06	31/12/06	6	428.654,00	14.288,47	$ 85.730,80		
Total días		283			$ 4.043.636,07	$ 14.288,47	$ 428.654,00

	Año 2007						
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/07	28/02/07	15	500.000,00	16.666,67	$ 250.000,00		
01/03/07	31/03/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	500.000,00	16.666,67	$ 500.000,00		
01/12/07	31/12/07	3	500.000,00	16.666,67	$ 50.000,00		
Total dias		288			$ 4.800.000,00	$ 16.666,67	$ 500.000,00

	Año 2008						
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/03/08	31/03/08	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,00		
01/06/08	30/06/08	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,00		
01/07/08	31/07/08	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,00		
Total dias		150			$ 4.500.000,00	$ 30.000,00	$ 900.000,00

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	% Aportes (PPC)	Salario anual
1989	325	4,58	103,80	22,66	$ 47.370,00	$ 1.073.582,10	6,5%	$ 11.630.472,71
1990	365	5,78	103,80	17,96	$ 68.315,92	$ 1.226.849,87	6,5%	$ 14.926.673,46
1991	365	7,65	103,80	13,57	$ 86.029,48	$ 1.167.301,96	6,5%	$ 14.202.173,80
1992	356	9,70	103,80	10,70	$ 109.142,54	$ 1.167.937,71	6,88%	$ 14.248.840,02
1993	365	12,14	103,80	8,55	$ 143.922,25	$ 1.230.570,77	8,00%	$ 14.971.944,42
1994	336	14,89	103,80	6,97	$ 182.178,59	$ 1.269.989,07	8,00%	$ 14.223.877,59
1995	270	18,25	103,80	5,69	$ 358.769,00	$ 2.040.560,12	9,00%	$ 18.365.041,08
1996	300	21,80	103,80	4,76	$ 397.463,00	$ 1.892.507,31	10,00%	$ 18.925.073,12
1997	274	26,52	103,80	3,91	$ 352.127,00	$ 1.378.234,64	10,00%	$ 12.587.876,36
1998	305	31,21	103,80	3,33	$ 436.637,00	$ 1.452.192,27	10,00%	$ 14.763.954,70
1999	275	36,42	103,80	2,85	$ 551.000,00	$ 1.570.395,39	10,00%	$ 14.395.291,05
2000	302	39,79	103,80	2,61	$ 584.646,86	$ 1.525.165,73	10,00%	$ 15.353.335,04
2001	315	43,27	103,80	2,40	$ 522.055,03	$ 1.252.352,95	10,00%	$ 13.149.706,01
2002	301	46,58	103,80	2,23	$ 523.662,00	$ 1.166.941,08	10,00%	$ 11.708.308,86
2003	294	49,83	103,80	2,08	$ 476.714,00	$ 993.034,58	10,00%	$ 9.400.727,37
2005	243	55,99	103,80	1,85	$ 476.068,27	$ 882.584,15	14,50%	$ 7.148.931,62
2006	293	58,70	103,80	1,77	$ 428.654,00	$ 757.994,64	15,00%	$ 7.150.416,08
2007	288	61,33	103,80	1,69	$ 500.000,00	$ 846.241,64	15,50%	$ 8.123.919,78
2008	150	64,82	103,80	1,60	$ 900.000,00	$ 1.441.221,85	16,00%	$ 7.206.109,23
Total dias	5712						9,73%	$ 242.482.672,29
Semanas (SC)	816							
% semanal (SBC)								$ 297.160,14
I=SBC*SC*PPC								$ 23.605.586,26

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

IV. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia en el sentido de establecer que el valor a pagar por concepto de indemnización sustitutiva es la suma de **$23'605.586,26**

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR **BARBOZA**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. , y COLPENSIONES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ROBERTO MARTÍNEZ CASTRO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el demandante al RAIS el 19 de junio de 1996. Como consecuencia de ello, se traslade la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y que Colpensiones lo reciba así como corrija y actualice su historia laboral.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la Ley 100 de 1993 estableció como principio la libre escogencia de regímenes, empero, por razones financieras y de estabilidad del

sistema pensional se limitó el derecho de traslado cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Indica que, el accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para que le sean aplicados los beneficios de la sentencia C-1024 de 2004.

Expresa que, el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación; que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por el actor; y que las proyecciones pensionales no son prueba útil para demostrar un vicio del consentimiento, por demás que la obligación de realizar tales cálculos nació con el Decreto 2071 de 2015 y para el momento del traslado dependía de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía.

Señala que, el accionante tenía deberes como lo es el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo, aunado a que contaba con el derecho de retracto y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Concluye mencionando que, la nulidad que se invocaría sería relativa, la cual puede ser saneada; y que el acto de afiliación se celebró hace más de 3 años, por lo que, sería objeto de prescripción, teniéndose un máximo de 10 años para ejercer la acción, conforme al ordenamiento civil.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que al momento de realizarse la afiliación al RAIS informó al actor de manera eficaz, oportuna y clara, los requisitos para obtener la pensión, las modalidades que ofrece, la negociabilidad del bono, y la posibilidad de poder pensionarse a una edad anticipada; todo ello de conformidad con las directrices de la Superintendencia Financiera.

Señala que, a través del periódico El Tiempo se realizó publicación, donde se indicó a los afiliados las modificaciones de la Ley 797 de 2003, señalándose la imposibilidad de trasladarse cuando la persona se encuentre a 10 años o menos de cumplir la edad para pensión.

Expone que, el accionante es Ingeniero Catastral, de modo que, no es concebible que afirme que no se le brindó la información necesaria cuando cuenta con una formación profesional que le permite tener conocimiento y certeza sobre regímenes pensionales.

Refiere que, solo el deber de asesoría en los términos planteados por el actor surgió con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, según lo

expuesto por la Superintendencia Financiera mediante Concepto del 29 de diciembre de 2015.

Indica que, no puede tildarse de falsa la manifestación de un asesor en cuanto a que puede lograr una pensión más alta que en el régimen de prima media con prestación definida, por el contrario, es posible, no obstante depende de la planeación y del ahorro del afiliado; que con la firma del formulario se dejó constancia expresa del consentimiento libre, espontáneo, y sin presiones; que la nulidad absoluta se produce por objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, de modo que, la nulidad que se presentaría sería relativa por vicios del consentimiento; y que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se presenta frente a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica.

Explica que, el artículo 835 del C.Co determina que quien tiene la carga de la prueba es de quien alega la culpa o mala fe, de modo que, en cabeza de la parte actora recae tal situación.

Finalmente expresa que, el accionante no es beneficiario del régimen de transición, no tiene un derecho adquirido, ni una expectativa legítima, para considerar que sean aplicables las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

"PRIMERO: DECLARAR *la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir, y con esto a la afiliación realizada a Roberto Martínez Castro el 19 de junio de 1996.*

SEGUNDO: DECLARAR *que el Sr. Roberto Martínez Castro actualmente se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.*

TERCERO: ORDENAR *a Porvenir S.A realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del Sr. Roberto Martínez Castro, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.*

CUARTO: ORDENAR *a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, sí como reactivar la afiliación del Sr. Roberto Martínez Castro.*

QUINTO: ORDENAR a Porvenir S.A a pagar de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorro en el RAIS y su equivalencia en el RPM, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, lo cual incluye gastos de administración y comisiones. COMNINAR a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia (...)"

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia existen etapas en el deber de información, el cual ha existido desde el inicio de los fondos privados, de manera tal que las entidades vigiladas, como lo son los fondos de pensiones, tienen el deber de suministrar a sus usuarios la información, de modo que, a través de elementos de juicio claro y objetivos puedan escoger las mejores opciones del mercado; que el fondo privado debe dar a conocer ventajas y desventajas, características y riesgos de la decisión de traslado; y que los reglamentos deben estar de forma tal que se permita su fácil comprensión.

Menciona que, la Corte Suprema de Suprema ha establecido que para que haya ineficacia del traslado no es requisito ser beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima; y que la carga de la prueba recae en el fondo.

Frente al caso particular apunta que, según interrogatorio de parte no se logra establecer que el accionante tuvo elementos de juicio para llevar a cabo su traslado de régimen; que no hay prueba documental para establecer la información que se brindó al actor; que el actor pese a que era asesor comercial no se logró acreditar capacitación;

Aduce que, el formulario de afiliación sólo da unos datos de la potencial afiliada, pero no da cuenta de la situación pensional del actor; y que el consentimiento vertido en tal documento es insuficiente según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que, el error de derecho no se presenta, ya que, no se trata de la aplicación o no de una norma, sino de las características especiales de esta.

Concluye expresando que, se aparta de las salas del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral que establecen un criterio diferente, por considerar que el asunto debe ser resuelto conforme lo expone la Corte Suprema de Justicia; que la solicitud de ineficacia del traslado no es prescriptible, dado que se está frente a un derecho en construcción; y que si hay diferencias entre las cuentas del RAIS y del régimen de prima media se deberá pagar la correspondiente diferencia por parte de la afiliada a fin de no desfinanciarse el sistema pensional.

4. Argumentos de los recurrentes

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Expresó que, en la sentencia de primera instancia no se le da la importancia que tiene que el accionante hubiese trabajado con Porvenir como asesor comercial, lo que deja sin piso que no conocía las características del régimen de transición, pues era su deber suministrar tal información a los afiliados.

Explica que, no existe prueba del vicio del consentimiento, sólo existen meras afirmaciones.

Indica que, a la fecha del traslado, sólo existía el deber de obligación frente a las características del régimen; que hubo una convalidación del accionante al permanecer en el RAIS durante 21 años; que el actor firmó el formulario de afiliación dejando constancia que lo hacía de forma libre, voluntaria y sin presiones; que el demandante estuvo sólo 5 meses laborando en Porvenir, por lo que tuvo la oportunidad de cambiarse de régimen, convalidando su voluntad de estar en RAIS, por el contrario lo que se extrae del interrogatorio de parte es un desinterés de su parte en cuanto a su pensión.

Adiciona que, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal tiene efectos inter partes.

Finiquita manifestando que, los rendimientos y gastos de administración si se declara la ineficacia del traslado nunca debieron haberse causado y en tal sentido, deben permanecer en el fondo, por demás que surgen de su buena gestión.

Colpensiones. Adujo que, pese a que la parte resolutiva de la sentencia conminó a la entidad a que se realizara operaciones administrativas, se le causa una descapitalización del sistema, dado el posible reconocimiento pensional al actor al no existir contribución por parte de este.

Expresa que, el Estado ha tenido que financiar las pensiones debido a la situación financiera de Colpensiones, sin que alcance a cubrir la prestación del actor, más aún si se tiene en cuenta que la expectativa de vida va subiendo año a año; que la carga de la prueba sólo se invierte en caso que tengan expectativas legítimas, tengan un derecho adquirido, o se cause un perjuicio irremediable; y que la sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia sólo tiene efectos inter partes.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año 2021 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 19 de junio de 1996 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 110) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información

debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 110 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 19 de junio de 1996 con Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, y conforme los argumentos esgrimidos por el apelante, si bien para la época en que el señor Martínez Castro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de junio de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,

condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, teniendo en cuenta lo esgrimido en el recurso de apelación, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

***Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo** el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas,

reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, tampoco es posible convalidar o ratificar el traslado del demandante por el paso del tiempo, tal y como lo señala la providencia en mención.

De otro lado, con la orden de devolución de cuotas o gastos de administración no se avizora una descapitalización del régimen de prima media, ya que dichos emolumentos ingresarán al sistema con la destinación específica que dispone el ordenamiento jurídico.

Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, ya que el recurrente hace referencia al interrogatorio de parte rendido por el accionante y el hecho que este fue trabajador – asesor – de Porvenir y por ello conocía las características de los regímenes pensionales, dicha situación no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado la información en los términos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada promovida por el señor Roberto Martínez Castro en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450,000= a cargo de las demandadas.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que GLORIA CATHERINE SERNA SÁNCHEZ promoviese contra CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR- CAFAM.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la declaración de un contrato a término indefinido, así como su reintegro junto con el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Igualmente, solicita la indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la terminación de la relación laboral por la finalización de la obra o labor, el 24 de febrero de 2018 pese a que la actora había dado a luz a su hijo Martín Alejandro Acevedo Serna el 25 de septiembre de 2017 y se encontraba en estado de lactancia.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que, si bien la obra para la cual la actora fue contratada había terminado, con el fin de proteger a la trabajadora, quien se encontraba embarazada, se prorrogó hasta el 24 de febrero de 2018.

Señaló que, no se finalizó el contrato dentro de los tres meses siguientes al parto del hijo de la demandante, fecha hasta la que la actora era objeto de protección, lo que es acorde a la sentencia SU-075 de 2018.

Finalmente indicó que, la accionante no se encontraba dentro de un grado de discapacidad de salud que permitiera su protección laboral.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes entre el 26 de diciembre de 2017 al 24 de febrero de 2018, cuya terminación fue sin justa causa, y por lo tanto se **CONDENAR** a la demandada a pagar a la demandante la indemnización correspondiente a este contrato de trabajo, que son 30 días, es decir, un salario que corresponde a la suma de $1'172.500.

SEGUNDO. - **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones.

TERCERO. – **DECLARAR PROBADAS** las excepciones planteadas por la demandada en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad y aplicación de la indemnización de la Ley 361 de 1997.

En síntesis, refirió que, el contrato de trabajo era de obra o labor, dejándose claramente definido que la prestación del servicio se extendía por la licencia de la trabajadora Ginna Murcia.

Agregó que, conforme a las directrices de la SU-070 de 2013, se debía extender la protección de la trabajadora hasta por tres meses más posteriores al parto, esto es, hasta el 25 de diciembre de 2017.

Indicó, que la trabajadora luego del 25 de diciembre de 2017 siguió vinculada con la demandada sin que se le informara cual era el tipo de contrato que ataba a las partes, por lo que, en tal sentido se entiende que era a término indefinido.

Dijo que, por lo anterior, y dado que no se acreditó la justa causa de la terminación del contrato de trabajo, hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 64 del CST.

Concluyó indicando que, al laborar menos de un año, se le debe pagar por concepto de indemnización la suma del salario correspondiente a 30 días.

4. Argumentos de los Recurrentes

Parte actora.

Expuso que, el entendimiento de la Corte de la Ley 1822 de 2017, es de dar una protección a la maternidad y la lactancia, por lo que, en concordancia con el

artículo 239 del CST, se debía extender pues el menor recién nacido no había cumplido los seis meses.

Finalmente dijo que, la obra o labor no fue definida por escrito, ni tampoco estuvo bien delimitado en el contrato de trabajo, por lo que debe considerarse a término indefinido, por demás que el objeto social de la empresa es el de venta de productos farmacéuticos

Parte demandada

Expresó que, no se tuvo como objeto de la *litis* el reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa, pues no fue objeto de pretensión de forma clara o precisa.

Señaló que, lo que está acreditado es que entre las partes lo que se presentó fue un contrato de obra o labor que nació para cubrir la licencia de maternidad de la trabajadora Ginna Murcia, finiquitando por la expiración de tal situación, al ser reintegrada dicha trabajadora y no requerirse de las funciones de la accionante.

Finalmente indicó que, el contrato de trabajo de la actora se extendió en virtud de su situación de gravidez, lo que se realizó según prueba testimonial, partiendo de la fecha probable de parto, que lo era el 18 de octubre de 2017; que con lo anterior, lo que se buscó fue proteger los derechos laborales de la trabajadora y del menor, sin que la accionante prestara sus servicios personales en las instalaciones de la demandada después de tener a su hijo; y que al no presentarse los documentos por parte de la actora para soportar su licencia, ni siquiera se logró el reembolso de los valores pagados por tal concepto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Cuál fue la modalidad contractual que unió a las partes?, y ¿la actora gozaba de especial protección por su fuero de maternidad y/o lactancia?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Modalidad contractual. Estabilidad Laboral Reforzada por Fuero de Maternidad.

Sea lo primero advertir que en la demanda se solicitó que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

Al respecto, tenemos que la actora fue contratada mediante un contrato de obra o labor, donde se dispuso que desempeñaría el cargo de Vendedora de Farmacia, y en el que se estipuló en la cláusula tercera que *"El presente contrato de trabajo se celebra por el término o duración de la obra, la cual se realiza POR LICENCIA DE MATERNIDAD DE LA FUNCIONARIA MURCIA QUINTERO GINNA LORENA el contrato durará durante el tiempo en que dure la obra a la que se ha hecho referencia"* (fls. 11 a 14). Asimismo, obra constancia del 31 de enero de 2019, donde se señala que la accionante laboró mediante contrato de trabajo de obra o labor determinada.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL2176-2017, y SL20718-2017, dijo que el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, tiene un límite que se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo; y que es posible en virtud del principio de primacía de realidad, que un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atienda a la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido.

Dicho lo anterior, encontramos que, a folios 96 a 98 se allegó correo electrónico que da cuenta que la Analista de Administración de Personal, solicitó la extensión del contrato de trabajo o laboral de la actora hasta el 24 de febrero de 2018, como quiera que se encontraba en estado de embarazo y la fecha probable de su parto era el 18 de octubre 2017; lo que se le comunicó a la demandante el 20 de septiembre de 2017, donde se le dijo *"Nos permitimos informar que hemos realizado la extensión del contrato según solicitud al 24/02/2018 como es requerido"*.

En igual sentido, la demandante al rendir interrogatorio de parte manifestó que, luego de concebir a su hijo no volvió a prestar servicio a la demandada; que terminó su licencia de maternidad el 23 de febrero de 2018; que la trabajadora Ginna Lorena Murcia Quintero regresó a su trabajo; y que asumió que el día siguiente de finalizar su licencia, regresaría a trabajar, pero que lo que sucedió fue que le finalizaron su vínculo contractual. En consonancia con ello, la testigo Johana Ordoñez Astudillo señaló que después de que la actora dio a luz a su bebé, sólo trabajó un día.

Del mismo modo, de los testigos Sandra Ibeth Castro, Marcela Sánchez Sánchez, Edwin Alberto Cuervo, y Carmen Elena Largo Mejía, se logra establecer que a la accionante se le extendió su contrato de trabajo con ocasión al estado de gravidez que presentaba, respetándose éste durante su embarazo y/o licencia de maternidad; que la licencia de maternidad de Ginna Lorena Murcia Quintero fue de mayo a octubre de 2017; y que se protegió la maternidad de la actora hasta el 24 de febrero de 2018, ya que la fecha probable de su parto, era el 18 de octubre de 2017.

De esta manera, es claro que, en ningún momento las partes buscaron que la prestación del servicio de la accionante fuera indefinida, su contratación fue por el término que perduró la licencia de maternidad de la trabajadora Ginna Lorena Murcia Quintero, y que en virtud de su situación especial de gravidez fue que se decidió extender su contrato de trabajo de obra o labor, sin que la actora prestara servicios desde el 21 de septiembre de 2017 hasta el 24 de febrero de 2018.

Por tanto, es dable entender que el contrato que existió entre las partes fue de obra o labor, siendo extendido por la situación de gravidez de la accionante, lo que es acorde con la jurisprudencia fijada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencias, SL3535-2015 y SL3282-2018, ha expuesto que, se debe optar por una protección intermedia en los eventos de trabajadoras embarazadas o lactantes, cuyas vinculaciones se extinguen por alguna causal legal de terminación, diferente al despido sin justa causa, como sería, en este evento, la contemplada en el literal e) del art. 61 CST «*por terminación de la obra o labor contratada*», consistente en el pago de salarios y prestaciones durante el embarazo y por el término de la licencia de maternidad, con independencia del momento en el cual vence el plazo o termina la obra o labor.

Lo anterior, por cuanto el despido de una trabajadora que se materialice durante el periodo de gestación y durante los tres meses posteriores al parto se presume discriminatorio por causa o por razón del embarazo si no cuenta con la autorización del inspector de trabajo, protección que está reforzada con las previsiones de los artículos 240 y 241 del CST, cuya finalidad no es otra que procurar la erradicación de los tratos arbitrarios de los empleadores por la especial condición de la mujer cuando se encuentra en referido estado, así como la de «*otorgar un apoyo mínimo en el ámbito laboral, durante el embarazo y en el lapso que transcurre con posterioridad al parto -licencia de maternidad-, consistente en la prohibición de que la trabajadora sea despedida durante dicho interregno y, con ocasión de ello*» (SL1319-2018).

Ahora, y en un entendimiento más amplio, la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, recientemente expuso en sentencia SL2586-2020 que *la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que, desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente*", empero que, la empresa que alega

la terminación de la obra, debe acreditar que ese hecho efectivamente ocurrió, en tanto que *"en su calidad de dueña del negocio se encuentra en mejor posición probatoria para documentarse y acreditar la efectiva terminación de las actividades contratadas"*. En igual sentido en sentencia SL3125-2020 explicó que, para que se pueda tener por objetiva la causal de terminación por la expiración de la obra o labor es necesario que se descarte cualquier sesgo discriminatorio, pues no basta con exhibir el advenimiento del plazo pactado, sino que debe el llamado a juicio debe probar que *"la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato"*.

Al respecto, tenemos que los testigos Sandra Ibeth Castro, Marcela Sánchez Sánchez, Edwin Alberto Cuervo, y Carmen Elena Largo Mejía, e inclusive la misma demandante al rendir interrogatorio de parte, fueron contestes en manifestar que la trabajadora Ginna Lorena Murcia Quintero retornó a sus labores en octubre de 2017, por lo que, el móvil de la contratación de la actora se extinguió.

Finalmente, habrá de aclararse frente a la lactancia que en sentencias como la SL4280-2017 y SL1319-2018, se ha expuesto que durante el segundo trimestre ulterior al alumbramiento, si bien permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, durante dicho lapso la regla sucedánea de la carga de la prueba se rige por los lineamientos generales previstos en el artículo 167 del CGP, y, en estas condiciones, es a la demandante a quien le corresponde probar que su despido ocurrió por razón de su lactancia, pues la presunción solo opera a favor de la trabajadora durante los tres meses iniciales ulteriores al parto, no obstante, y como quedó dicho, el finiquito de la relación laboral de la accionante operó en virtud del retorno de la trabajadora Ginna Lorena Murcia Quintero, a quien se encontraba reemplazando la demandante por cuanto se encontraba en licencia de maternidad, según se fijó expresamente en el contrato de obra o labor que rigió su relación laboral.

Por las anteriores razones, se REVOCARÁ la sentencia de primer grado, y en su lugar, es ABSOLVERÁ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del Código General del Proceso, sin costas al no causarse.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Gloria Catherine Serna Sánchez en contra de Caja de Compensación Familiar CAFAM. En su lugar, se **ABSUELVE** a la Caja de Compensación Familiar CAFAM de las pretensiones incoadas en su contra por Gloria Catherine Serna Sánchez.

TERCERO. – Sin Costas en ambas instancias.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUIS ARMANDO HIGUERA ROMERO promoviese contra la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES LA NACIONAL LTDA- COONAL.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de enero de 1989 y el 16 de septiembre de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa; reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas legales y extralegales, y aportes a seguridad social; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización moratoria; horas extras, dominicales, y festivos; auxilio de transporte; perjuicios morales y materiales; e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la existencia de un contrato único pese a que firmó terminación del contrato de trabajo el 24 de septiembre de 2013. Agrega además que éste último culminó unilateralmente sin justa causa, y no le fueron pagadas las acreencias laborales a que tiene derecho.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que el actor laboró a su servicio de la demandada en dos

periodos, del 11 de enero de 1989 al 30 de septiembre de 2013, y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2014; ocasiones en las que se le pagó la totalidad de sus acreencias laborales.

Señaló que, fue el accionante quien finalizó los vínculos laborales de forma libre y voluntaria.

Finalmente expuso que, tachaba los documentos de folios 59 a 64 como quiera que no contenían fecha ni suscripción.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis refirió que, conforme al acervo probatorio recolectado no se lograba extraer la prestación de servicio del demandante entre el 01 de octubre de 2013 y el 12 de febrero de 2014, y por el contrario obra una carta de renuncia de septiembre de 2013 sin que se demostrara la existencia de constreñimiento en su suscripción.

Adujo que, hubo confesión ficta que recayó sobre el demandante donde se tuvo por probado la existencia de dos contratos de trabajo entre el 11 de enero de 1989 al 30 de septiembre de 2013, y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2014, así como el reconocimiento de las respectivas acreencias laborales que pretende.

Finalmente, señaló que, en todo caso, operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que la última relación laboral terminó el 14 de marzo de 2014 y se demandó el 24 de noviembre de 2017, esto es, luego de transcurrido más de los tres años; y aparece pagada la seguridad social.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de marzo de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, sin que fuese utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se adeuda acreencia laboral alguna al trabajador con ocasión al contrato de trabajo que tuvo con su empleador demandado?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Apreciación probatoria y contrato de trabajo

Sea lo primer advertir que, al darse contestación a la demanda, la cooperativa accionada señaló que el actor prestó sus servicios a su favor en dos periodos, del 11 de enero de 1989 al 30 de septiembre de 2013, y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2014 (fls. 113 a 150).

Ahora bien, el accionante no compareció a la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS, en la que iba a llevar a cabo su interrogatorio de parte, motivo por el que se presumieron como ciertas las respuestas de las preguntas allegadas en el sobre cerrado visible a folio 196, destacándose que se tuvo por cierto lo siguiente: que la renuncia del actor se hizo efectiva el 15 de marzo de 2014, que a partir de ésta fecha no se suscribió contrato de trabajo adicional, y que no se le adeudan acreencias laborales de ningún tipo.

Así, y dado que nos encontrarnos frente a una presunción legal, los anteriores hechos admiten prueba en contrario, conforme al artículo 166 del C.G.P, por lo que, se acudirá a los medios probatorios recolectados para establecer si se lograron desvirtuar, evidenciándose que ninguno de los documentos arrimados da cuenta de la prestación del servicio del demandante en fechas diferentes a las mencionadas.

En efecto, el contrato de trabajo de folio 16 es del extremo inicial que lo es el 11 de enero de 1989; existe una terminación de mutuo acuerdo del vínculo laboral del 24 de septiembre de 2013, con efectos a partir del 30 del mismo mes y año (fl.17), por demás que, las órdenes de pago de folios 18, 19, y 152, son anteriores a tal terminación laboral, así como la liquidación del contrato de folios 20 y 21; la certificación enuncia los mismos tiempos que aceptó el empleador demandado en su demanda, al igual que la historia laboral de Colpensiones y el paz y salvo (fls.22, 23, 39 a 58, 151, 153); y el recibo de caja, afiliaciones a seguridad social, contrato de

trabajo liquidación final, carta de renuncia y su aceptación de folios 79 y 154 a 169, se enmarcan dentro del segundo contrato de trabajo.

Ahora, y en lo atiente a las cuentas de cobro de folios 24 a 37, se encuentran suscritas por el mismo accionante, por lo que, no es dable tenerlas en cuenta por cuanto se recuerda que a las partes no le es dable constituir su propia prueba. Al respecto se puede consultar la sentencia SL2390-2020 y SL5109-2020 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, las documentales de folios 38, y 59 a 78, contienen órdenes de pago de los que no se puede establecer con claridad algunos de los periodos en que los servicios que se solicitan fueron prestados, así como tampoco quien los firmó los que aparecen con suscripción, por demás que, su mera presentación no indica *per se* su aceptación y era necesario la demostración del elemento de la prestación personal del servicio. Además, tal foliatura contiene novedades, planillas de rotación, y una propuesta de dominicales y festivos, empero de éstos se desconoce quién los suscribió.

Por las anteriores razones, se considera acertada la decisión de la *A quo* de tener que el contrato de trabajo entre las partes existió en dos periodos conforme lo expuesto por la demandada en su contestación, esto es, del 11 de enero de 1989 al 30 de septiembre de 2013, y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2014.

Prescripción

El artículo 151 del CPT y de la SS, así como los artículos 488 y 489 del CST establecen un término de tres años para reclamar so pena de que opera el fenómeno de la prescripción.

En el caso, encontramos que la última relación del accionante finiquitó el 14 de marzo de 2014, y se demandó el 24 de noviembre de 2017, esto es, por fuera de los tres años mencionados, motivo por el cual se considera que las pretensiones atinentes a indemnización por despido sin justa causa; reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas legales y extralegales, y seguridad social; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización moratoria; horas extras, dominicales, y festivos; auxilio de transporte; y perjuicios morales y materiales; se encuentran prescritos.

Además de lo anterior, por la confesión ficta que operó en virtud de la falta de comparecencia del demandante a rendir interrogatorio de parte, tenemos que allí también se tuvo que las acreencias laborales fueron pagadas en su totalidad por el empleador. Aunado a ello, en el expediente se avizora el pago de los correspondientes aportes a seguridad social en pensiones, tal y como consta, en la historia laboral de folios 39 a 58 allegadas por la misma parte actora.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto, se considera que le asiste razón a la Jueza de Primera Instancia, por lo que su se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

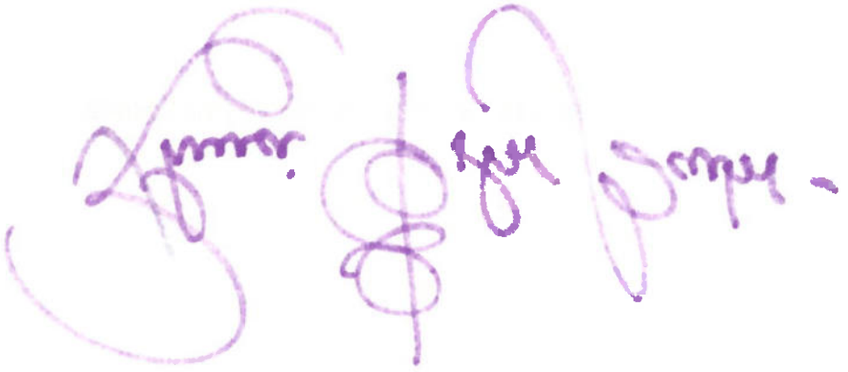
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las demandadas y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HEBER JOSÉ APONTE GONZÁLEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de abril de 1998 a través de la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta a trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación del accionante con todos los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo depreca se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado y también recibir los valores trasladados por Protección S.A.

Se erige el documento genitor y de forma principal, en la omisión del fondo de su deber de brindar al actor información clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las implicaciones del cambio de régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Expone, en síntesis, que el demandante, haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 escogió, por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado, así mismo, que a la fecha de entrada en vigencia de la mentada ley, esto es 1° de abril de 1994 contaba con 30 años, por lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ello no es de recibo que pretenda regresar al régimen de prima media.

Indicó que el 19 de septiembre de 2018, fecha en la cual el actor solicitó ante Colpensiones su retorno a dicha administradora, contaba con 55 años, esto es, se encontraba inmerso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, que no hizo uso de los derechos de los afiliados, como es el de retracto.

Menciona que en el presente caso no se da el vicio del consentimiento alegado por error, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el accionante y Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación. Por lo anterior, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Refiere que, en caso de tenerse como existente la nulidad alegada, esta no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 ídem y que la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 de la misma codificación, pues la demandante saneó la nulidad por ratificación tácita al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, indica que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre las cuales se encuentra la de prescripción.

Indicó que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad y/o ineficacia en el acto jurídico de la afiliación del actor pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto ni de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la

misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

"Primero: Declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Heber José Aponte González el 1° abril de 1998 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Segundo: Condenar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección s.a. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones con Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

Tercero: Declarar no probada la excepción de prescripción. (...)"

En síntesis, indicó que el tema de las nulidades o ineficacias de traslado de régimen pensional ha sido ampliamente debatido y actualmente existe una línea consolidada que no ha sufrido variaciones, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que desde su propia creación las administradoras de fondos de pensiones han tenido la obligación de informar al afiliado sobre todas las circunstancias relevantes para poder tomar una decisión sustentada del cambio de régimen.

Menciona que en decisiones como la del 9 de septiembre de 2008 de radicación 31989, la SL 4360 del 9 octubre de 2019, la SL 1688 del 8 de mayo de 2019, entre otras, el máximo órgano de la jurisdicción laboral estableció que son las administradoras de fondos de pensiones las que deben probar, es decir, las que tienen la carga de la prueba respecto de la información que le suministraron al afiliado en el momento del traslado, la cual debe ser suficiente, clara y veraz, y por ello no puede trasladarse al afiliado, en este caso a los demandantes, ese deber de probar que no recibió la información.

Aduce que la mentada Corporación ha sido clara en señalar que esa asesoría que debe recibir el afiliado o el posible afiliado, debe darse antes del traslado del RPM y no con posterioridad, lo cual conlleva a que no pueda entenderse saneada esa irregularidad por el paso del tiempo o por haberse ratificado la afiliación y que tampoco es necesario que el extremo demandante acredite un perjuicio o menoscabo económico, también, que la sola firma el formulario da afiliación no exime y tampoco es indicativa de que el afiliado haya recibido la información suficiente para afiliar, ya que ese formalismo no excusa a las administradoras de cumplir con sus deberes, ha precisado, además, que en estos casos se debe hablar es de una ineficacia en el traslado, pues no es posible aplicar al efecto la reglas de la nulidad y por ello tampoco se debe exigir la demostración de los vicios del consentimiento ya que la consecuencia jurídica de una afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto del traslado y por ello la transgresión al deber de información, se estudia desde dicho fenómeno y no a partir del régimen de nulidades o inexistencias.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que los operadores judiciales deben analizar de manera pormenorizada cada uno de los casos sometidos a su consideración, encontrando que, en el caso bajo estudio, la AFP demandada no allegó pruebas de la información suministrada al accionante al momento que se dio su traslado de régimen y la única prueba que obra es el formulario de afiliación a folio 149, sin que el mismo acredite las circunstancias que precedieron la decisión del demandante y por ello, no se cuenta con elementos de juicio que permitan establecer que la encartada hubiese cumplido con las exigencias legales del deber de información a sus posibles afiliados.

4. Argumentos de los recurrentes

Colpensiones solicita se estudien las particularidades del presente caso, pues, indica, debe tenerse en cuenta que el caso acá debatido no es análogo a los estudiados por la Corte Suprema de Justicia, ya que el aquí demandante no es beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensionarse con esa entidad, máxime cuando los estudios hechos por la mencionada Corporación han sido con respecto a personas que pretenden recuperar el régimen de transición y no como ocurre en este asunto.

Aduce que, del interrogatorio de parte rendido y del formulario de afiliación se puede determinar que el traslado del demandante fue libre y voluntario, que las características de los regímenes se encuentran consagradas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que, por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos.

Adicionalmente, indica que el actor ha faltado a su deber de informarse como lo determina el estatuto del consumidor financiero y que el demandante manifestó que el motivo de su inconformidad con el RAIS es el valor al cual ascendería su mesada pensional, por lo que en caso de existir algún error este no sería de hecho sino de derecho, el cual, conforme el artículo 1509 del Código Civil no vicia el consentimiento.

Protección S.A., solicita se revoque lo referente a la devolución de los gastos de administración ya que la deducción de los mismos fue contemplada y estipulada de manera legal y legítima y la ley avala a esa entidad a efectuar dichos cobros, no solo al aquí demandante, sino en general a todos los afiliados que se encuentren en esa administradora, por cuenta de las gestiones de administración e inversión que hace Protección S.A..

Indica que, teniendo en cuenta la declaratoria de ineficacia del vínculo contractual entre el demandante y Protección S.A. no hay lugar a que este se vea beneficiado por unos rendimientos generados por cuenta de la administración de esta entidad, lo cual generaría un enriquecimiento indebido por el actor, por cuenta de una actividad que no fue por él desplegada.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 08 de junio del 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados del demandante y de Colpensiones, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 05 de febrero del año 1998 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A. (fl. 149) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente

libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 149 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de febrero de 1998 con la Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de

grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta la decisión de la A Quo de estudiar el caso particular bajo la figura de la ineficacia y no de las nulidades, careciendo así de sentido el que el accionante demuestre que se presentó algún vicio en su consentimiento al momento del traslado.

En cuanto al argumento presentado por la parte apelante referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

En cuanto al argumento presentado por Protección S.A. en su recurso, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de actor, entre los que se encuentran los gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de las demandadas y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que IMELDA TORRES OLIVEROS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó la actora el 05 de marzo de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir. Como consecuencia de ello se ordene a Porvenir realizar el traslado a Colpensiones de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, a ser el caso, a pagar las diferencias que llegaren a existir entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM. Así mismo, depreca se ordene a Colpensiones a recibir el mentado traslado, a actualizar la historia laboral y también declarar que es esta la encargada de reconocer la pensión al momento en que acredite los requisitos para ello.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto error en el que fue inducida la demandante por la inadecuada asesoría por parte del fondo privado al momento de efectuarse el traslado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a algunas de las pretensiones e indicó que las demás no le constan. Presentó las excepciones que consideró tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Narra que tanto esa entidad como el Instituto de los Seguros Sociales siempre han actuado de buena fe y en desarrollo de la dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política Nacional.

Adujo que, revisado el historial de la demandante, se evidenció que presenta un traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir en el año 1997, traslado que tiene plena validez y respecto a la nulidad del contrato, esta deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Menciona que conforme la Circular Externa 007 de 2006 de la Superfinanciera, la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debía ser efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determina esa entidad y no Colpensiones.

Refiere que la accionante nació el 01 de mayo de 1959, por lo que cuenta con más de 50 años, incumpliendo así el requisito establecido en la ley para acceder al traslado pretendido; así mismo indica que no tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción. Adujo, en síntesis, que el traslado efectuado por el demandante a esa entidad se realizó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100/93, el cual se realizó de manera libre y voluntaria.

Indicó que, previo a suscribir el formulario de afiliación con esa entidad, se le suministró toda la información oportuna, suficiente y veraz, lo que llevó a que la accionante plasmara su consentimiento y dicho traslado se encuentra válidamente efectuado y ratificado durante los 22 años que ha permanecido y ha efectuado aportes.

Aduce que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que su régimen pensional se regula enteramente por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Menciona que, no tiene asidero legal ni jurisprudencial, reclamar que la demandante fue engañada, asaltada en su buena fe o que se le asesoró equivocadamente, o que no se le ofreció la información la información necesaria que, se encuentra establecida en la ley, tampoco que no se le hicieron proyecciones pensionales, pues dicha obligación de deber e información y asesoría al consumidor financiero por parte de las AFPS se estableció desde el Decreto 2555 de 2010 y la

obligación de informar por parte de estas entidades fue dispuesto solo a partir de la Ley 1748 de 2015, es decir, antes de esa fecha las AFPS no tenían la obligación de elaborar proyecciones, pues el alcance de la asesoría era meramente informativa.

Refiere que no puede alegarse la falta de información por el simple hecho que lo diga una de las partes del acto jurídico, tampoco puede anularse de manera unilateral cuando una de las partes desee revocarlo.

Indica que debe considerarse el caso particular y no aplicarse la jurisprudencia como un precedente jurisprudencial para aplicar a "rajatabla", dejando de lado cada caso en concreto.

Menciona que la posibilidad de declarar la nulidad del traslado de régimen se encuentra prescrita, pues se ha superado el término de tres años dispuesto en el art. 151 del CPTSS o el de cuatro dispuesto en el artículo 1750 del C.C.

Concluye haciendo referencia a que condenar a Porvenir a devolver todas las sumas recibidas y a pagar una mesada pensional equivalente a la que recibiría en el RPM viola diversas disposiciones que obligan a las administradoras de pensiones a descontar el porcentaje destinado a cubrir el seguro previsional, los aportes para el fondo de solidaridad, por lo que no tiene fundamento alguno tal pretensión.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado de la demandante Imelda Torres Oliveros del régimen de prima media con prestación definida, administrado para esa época por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado Porvenir, realizado el 5 marzo de 1997 y con efectividad a partir del 1° mayo del mismo año, para entender vinculada válidamente la demandante al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, todo conforme a la parte motiva esta providencia.*

***SEGUNDO. – CONDENAR** a Porvenir Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que se dio con motivo de la afiliación del demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de que hubiese hecho alguna, bonos pensionales en caso de ya estar redimidos, con todos los rendimientos financieros que este dinero produjo mientras estuvo en poder de la demandada Porvenir S.A., conforme la parte considerativa.*

***TERCERO. – ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros provenientes de Porvenir, para*

que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media con prestación definida, así mismo que actualice la historia laboral en semanas cotizadas.

> ***CUARTO –*** ***DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandas.(...)"*

En síntesis, menciona que revisado el formulario de afiliación allegado a folios 17 y 77, al observar su contenido y confrontarlo con el inciso 4 del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, emerge claramente la primera causal de ineficacia del traslado, ya que dicha norma establece que efectuada la selección, el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la superintendencia bancaria, y se echa de menos, en el presente caso, que esa diligencia hubiese participado el empleador de la accionante, pues ninguno de los dos formularios allegados aparece la firma del empleador, y como quiera que no fueron diligenciados en debida forma, la consecuencia es la dispuesta en el inciso 6 de la mentada norma, la que concluye que no se considerará válida la vinculación a la administradora.

Aduce que la anterior situación no es ratificada por el paso del tiempo, ello no convalida el error y el vicio del que adolece el formulario, pues la misma norma dice que este debe subsanarse y ello no se hizo durante 22 años de vinculación de la accionante al fondo accionado, por ello, el fondo del asunto puede resolverse con la norma antes mencionada, que es la que deja sin validez el traslado de la accionante.

Indica que, si en gracia de discusión, se dejara de lado esa deficiencia, para la fecha del traslado de la actora sí existía norma que contenía la obligación de brindar la información completa, veraz y oportuna, así se encuentra establecido en el artículo 12 del decreto 720 de 1994, que consagra la obligación de los promotores que emplean las administradoras del sistema general de pensiones, quienes deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna la información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación.

Refiere que en el expediente no existe prueba de cuál fue la información suficiente, amplia y oportuna que se le brindó en el momento del traslado a la demandante, tampoco existe alguna prueba que nos demuestre que con posterioridad se le brindó esa información, recordando que, conforme la doctrina del precedente vertical y la prementada norma se invierte la carga de la prueba en el obligado.

Siguiendo el precedente vertical, menciona que la alta Corporación ha señalado en sus providencias que no es suficiente la simple suscripción del

formulario, pues ello no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, así como que este no es el medio de prueba para lograr demostrar que efectivamente a la demandante se le brindo la información completa, veraz y oportuna qué debió hacerse en el momento del traslado o en su defecto durante la permanencia en la demandada Porvenir.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas recordó que la doctrina del precedente vertical ha establecido que la finalidad de la declaratoria de ineficacia del traslado es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual la acción se vuelve imprescriptible, tal y como lo menciona la sentencia con radicado 6380 del 20 de mayo de 2015, la SL 4228 del 1° de marzo del 2018 y más recientemente aquella con radicado No. 65791 del 8 de mayo de 2019, razón por la cual habrá de declararse no probada.

4. **Argumentos de los recurrentes**

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Adujo que, se esta dando por demostrado, sin estarlo porque no obra prueba documental más allá del formulario de afiliación, que la demandante no fue asesorada, al aplicar de manera directa una jurisprudencia vertical.

Menciona que, el fallo apelado desconoce el valor probatorio del formulario de afiliación y desconoce el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual es claro en señalar que cualquier persona que dese vincularse a cualquiera de los dos regímenes debe hacer esa manifestación por escrito; por lo anterior, no existe un desconocimiento de la norma por parte de esa entidad, pues en la misma nada dice acerca de dejar constancia o documental adicional de la información brindada a la afiliada.

Considera que no hay una proporcionalidad en la condena, ya que para el momento del traslado no se debía dejar documental adicional y la jurisprudencia que se aplica tampoco había sido proferida para dicha data, además, que menciona que no se estudia el caso específico de la demandante, sino que se hace aplicación directa sobre la verticalidad de una jurisprudencia

En cuanto a lo alegado por la parte demandante, esto es el presunto error en el que fue inducida, al decirle que el ISS se iba a terminar, es de conocimiento público que dicha entidad si se extinguió, pero si se habla directamente el Régimen de Prima Media, este no se terminó, por lo que ese argumento se cae de su peso.

Refiere que la ignorancia de la ley no exime de culpa y no se puede, con base en hechos facticos que no fueron probados, pretender de manera automática la nulidad de la afiliación, por ello, no puede endilgarse que Porvenir nunca le dio la información a la demandante porque no obra documental, ya que después de 22 años pretenderse esa obligación de haberse dejado una constancia por escrito es

desproporcionada y es desconocedora del derecho del debido proceso y de defensa.

Aduce que el argumento expuesto en la sentencia que se refiere a que formulario de afiliación que no fue signado por el empleador no es de recibo, pues en este caso lo que se requieren son los datos del afiliado y la firma de este, además, si bien el empleador no lo firmó, este hizo las cotizaciones del caso una vez tuvo el conocimiento de la afiliación de la accionante, lo cual se prueba con la relación de movimientos de la afiliada, por lo que no puede decirse que la afiliación es ineficaz.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que la demandante decidió trasladarse de manera libre y voluntaria al RAIS a la AFP Porvenir en el año 97, razón por la cual, Colpensiones con respecto a la demandante no efectuó ningún tipo de cálculo actuarial para conocer su posible mesada pensional, situación que trae como consecuencia que no se cuenten con recursos, lo que conllevaría a la descapitalización del fondo lo que afectaría a aquellos afiliados que si han venido cotizando de manera constante al fondo administrado por esa entidad.

Señala que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión que tomó la demandante y por lo mismo, en virtud del principio de la relatividad contractual, no podría verse perjudicada frente a un negocio jurídico que no suscribió, máxime cuando la entidad actúa como un tercero.

Enfatiza en la negligencia de la demandante en lo que se refiere a consultar sobre su situación pensional, lo cual no debería ser premiado al permitírsele su retorno al RPM más cuando ella nunca consulto ni se acercó a las oficinas de Colpensiones para verificar sobre su situación pensional y como ella lo manifestó en el interrogatorio de parte, tampoco utilizó los medios que tiene Porvenir para esta situación.

Finalmente, refiere que la demandante, como consumidora financiera ostenta derechos y también obligaciones, las cuales fueron claramente incumplidas en este caso.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de junio de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las

partes, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 21 de julio del año inmediatamente anterior se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 31 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 5 de marzo de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. (fl. 17 y 77) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos

es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 17 y 77 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Y es que, a juicio de esta Sala, no le asiste razón a la apoderada de Porvenir S.A., cuando en su recurso manifiesta que se desconoce el valor probatorio del formulario de afiliación, ya que el juzgador de primer grado no lo desconoció, sino que indicó que el mismo no era suficiente para demostrar el deber de información.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Torres Oliveros se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de marzo de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, por lo que no era necesario probar alguno de los vicios del consentimiento en este caso y tampoco era posible convalidar o ratificar el traslado de la demandante por el paso del tiempo, tal y como lo señala la providencia en mención. Así mismo, en el caso particular, es de anotar que la ineficacia resulta como consecuencia de la falta del deber de información, o mejor su no demostración, y no de la ausencia de la firma del empleador en el formulación de vinculación de la actora a Porvenir S.A.

En cuanto al argumento presentado por la parte apelante referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la descapitalización del fondo, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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

De otro lado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10

de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico,

del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada promovida por la señora Imelda Torres Oliveros en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.600.000 a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Reconózcase personería al Dr. Fabio Eduardo del Castillo Díaz Rodríguez, identificado con C.C. No. 79.939.942 y T.P. No. 178.960 del C.S. de la J., como apoderado sustituto del demandante, en los términos y para los fines conferidos en la sustitución de poder allegada.

I. ASUNTO A TRATAR

Se estudia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de marzo del 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el señor **JOSÉ ALCIDES GARCÍA LÓPEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende que se declare que el accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague el incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 9 de junio de 2000, fecha en la cual le fue reconocida su pensión de vejez, así como la indexación de dicho concepto.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

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

de 1993, lo que significa que dejaron de producir efectos jurídicos el 1° de abril de 1994, excepto para aquellos afiliados que, para dicha data hubieren causado su derecho a la pensión, hecho que no se presenta en este asunto, ya que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez en el año 2000, calenda para la cual, los incrementos ya habían fenecido.

Adujo que, con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición, sólo se contempló la posibilidad de aplicar la normatividad anterior a la entrada en vigencia de la prementada norma en lo referente a los requisitos de edad, tiempo o semanas cotizadas y monto, excluyendo el legislador de este beneficio la aplicación de los incrementos pensionales establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Menciona que, al demandante le fue reconocida la pensión de vejez el 09 de junio del 2000, no consolidando así su derecho a ser acreedor de los incrementos al no haber asegurado su derecho a percibir los mismos en vigencia del Acuerdo 049 y el Decreto 758 de 1990.

Concluye indicando que, tales incrementos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello está sometido a las reglas de la prescripción, por lo que el accionante contaba con 3 años posteriores a la fecha de reconocimiento de la pensión para presentar la solicitud de incremento pensional y en el caso bajo estudio, atendiendo la fecha de su petición, operó el fenómeno prescriptivo.

3. Providencia apelada

El *A quo* dictó sentencia absolutoria:

*"**PRIMERO. – DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en cuanto al incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima por cónyuge a cargo por las razones aquí expuestas, y en consecuencia ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. (...)"*

En síntesis, adujo que no es motivo de discusión la calidad de pensionado del demandante, a quien le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución 021264 del 2000 a partir del 29 de junio de esa anualidad, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Frente al incremento deprecado, se tiene que el mismo se establece en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la vigencia de los incrementos indica que el despacho asume la

mención alguna en la citada norma, razón por la cual se encuentran vigentes, ello de conformidad con las múltiples sentencias proferidas por la citada Corporación.

Indica que en tal sentido se analizan los requisitos establecidos por el Acuerdo 049 de 1990 encontrando que, con las pruebas recaudadas en el plenario se acredita el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al incremento pensional aquí deprecado.

En cuanto a la prescripción, el despacho también acoge el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la cual, de manera pacifica ha sostenido que estos incrementos prescriben de manera total de no reclamarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de su reconocimiento. Aduce que, en tal sentido, basta con citar los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS para establecer que acciones correspondientes a derechos regulados en el código laboral prescriben a los tres años desde que se hace exigible la obligación y en tal sentido es claro que el fenómeno de la prescripción debe aplicarse de manera total frente a los incrementos deprecados al haberse cumplido, en el presente caso, ampliamente el plazo trienal establecido en la norma para el reconocimiento del derecho en la medida que el reconocimiento del derecho pensional lo fue a partir del 24 de octubre del 2000 y la reclamación administrativa solamente se efectuó hasta el 3 de abril de 2019, es decir, transcurrieron más de 19 años.

4. Argumentos del recurrente

La parte demandante presenta recurso de apelación, en el cual expone que, de conformidad con las sentencias que en sede de tutela se han proferido por parte de la H. Corte Constitucional se ha establecido la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, y ello es así por cuanto efectivamente dicha Corporación ha hecho un análisis sobre la prescripción extintiva en este tema, al establecer que es una prestación de tracto sucesivo y que la misma no puede afectarse por el fenómeno prescriptivo, sino que se puede predicar una prescripción parcial de los incrementos pensionales que no se reclamaron dentro de los tres años anteriores a la fecha de la reclamación..

Aduce, que debe acogerse el postulado mencionado, establecido por la Corte Constitucional en sentencias como la T-217 de 2013, T-831 de 2014 y T-022 de 2018, entre otras, las cuales han establecido que al no existir efectivamente un criterio uniforme por parte de las altas Corporaciones en el sentido de establecer el alcance que se le dio al artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, debe optarse por la interpretación que más le favorezca al pensionado.

Menciona que, en este caso, al no establecerse en dicha normatividad el

Considera que aplicar la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, resulta menos beneficioso para el pensionado, quien busca un derecho que legalmente le asiste y al cual no puede acceder por la falta de información que en su momento el ISS y actualmente Colpensiones omitió brindarle, lo que lo lleva al error y a la falta de reclamación de los derechos que le asiste por ley.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 9 de septiembre del 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 27 de octubre del año 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las partes, quienes reiteraron lo expuesto en su demanda, contestación y recurso.

Posteriormente, mediante auto del 1° de febrero del 2021, se fijo como fecha para proferir la decisión de instancia el día 08 del mismo mes y año.

Se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66A Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello, se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el mismo.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Dentro del presente asunto, los incrementos pensionales fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

De encontrarse vigentes los incrementos pensionales ¿se acreditaron los requisitos para acceder a estos?

¿Operó el fenómeno de prescripción frente a los incrementos pensionales?

Incremento del 14%

1993, según se desprende de la Resolución 021264 de 2000, obrante a folio 9 del plenario.

Sobre el tema puesto a consideración de esta Sala ha de indicarse que la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes. Ello con fundamento en que, dada la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones, hasta entonces vigente, sufre una transformación estructural, cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, pero que a pesar de tal modificación no era posible afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuviesen, bien derechos adquiridos, ora una expectativa legitima sobre unos requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión.

Con estas consideraciones, se dispuso por el alto Tribunal la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es edad, tiempo y monto, y que ante la regulación integral y exhaustiva que en materia pensional hizo esta prementada Ley 100 hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los incrementos que se pretenden en el presente diligenciamiento.

Así mismo la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece un marco de sostenibilidad fiscal, así guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo.

En ese orden de ideas, en el evento hipotético que esta Sala considerase su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

Frente al particular, expuso la pluricitada Corporación en la sentencia de unificación a la que se hizo referencia: *"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 2005."*

demás, encontrarlo ajustado a principios de razonabilidad de los fines del sistema de seguridad social, en particular, de esa reforma que gestó la Ley 100 de 1993 con la expedición del régimen general de pensiones entendiéndose, en consecuencia, que los incrementos pensionales solo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994 en aplicación del acuerdo que los consagra.

Con lo anterior, el Dr. Chávez Ávila y esta Magistrada, damos cumplimiento a esa norma que aparece narrada en el artículo 7° del CGP que expone nuestro deber de, al momento de modificar un criterio, exponer con claridad cuales fueron la razones que motivaron el mismo y así se hizo.

Corolario de lo anterior, si bien el derecho pensional del actor fue reconocido bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 y sólo tuvo lugar en el año 2000, pues claro es entonces que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la demandada pero por las razones aquí expuestas.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

VI. R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la accionada pero por las razones expuestas en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Téngase por reasumido el poder por Claudia Liliana Vela, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones y reconózcase como apoderada sustituta de dicha entidad a la Dra. Mónica Esperanza Tasco Muñoz, identificada con T.P. No. 302.509 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta entidad la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ALBA DEBORA GUZMAN LÓPEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado de régimen que realizó la actora del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta a trasladar a Colpensiones los valores de los saldos o aportes pensionales que se hubieren consignado en su cuenta de ahorro individual.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora por parte del asesor de Protección S.A., lo que conllevo a que dentro del traslado no se produjera una manifestación libre y voluntaria de su parte.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Expone, en síntesis, que al momento de solicitar el cambio de régimen a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Además, que el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidad se realizó con plena voluntad de la demandante, quien por decisión propia solicitó el traslado y suscribió los formularios de dicho traslado, mediando en esto su voluntad.

Indicó que la afiliación de la demandada a la AFP Protección S.A. fue válida, puesto que no se presentaron vicios del consentimiento en la suscripción de la afiliación y como consecuencia de ello la nulidad que pretende hacer valer no existió.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre las cuales se encuentra la de prescripción. En síntesis, adujo que tanto Santander como Protección tenían y tienen establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores, para que estos, a su vez, den a conocer a sus posibles afiliados las características propias de la cada uno de los regímenes pensionales existentes, garantizando que estos tomen la decisión de manera objetiva, veraz, suficiente y oportuna.

Aduce que son los afiliados los que de manera libre y voluntaria manifiestan su intención de afiliarse a Protección S.A., lo cual se materializa con el formulario de afiliación, el cual, en este caso, fue suscrito por la demandante el 16 de junio de 2000, y en este, en el campo de voluntad de afiliación, se corrobora que la misma tomó su decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones, ello como quiera que Santander, hoy Protección, le entregó información objetiva sobre los regímenes pensionales y la comparación de los mismos. Además, que dicho formulario de afiliación suscrito por la demandante, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Menciona que, en este caso, no se está frente a la ineficacia de la afiliación de la accionante, pues la misma expresó su voluntad de traslado, contando para el efecto con toda la información que requería, con lo que se está frente a un negocio jurídico válido, en el que confluyeron todos los elementos para su validez y existencia.

Refiere que la demandante no hizo uso del derecho de retracto y tampoco solicitó su traslado a Colpensiones dentro del año de gracia concedido por la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del mismo año.

Dijo que no puede, por disposición legal, darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento, representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó la demandante para trasladarse de régimen.

Concluye indicando que, si en gracia de discusión se decidiera que la vinculación de la demandante ocurrió por error y dolo, esta declaración se encuentra prescrita, en los términos del artículo 1750 del Código Civil, llegándose a la misma conclusión en caso de aplicar el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3. Providencia recurrida

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**Primero:** Declarar la ineficacia del traslado de la señora Alba Débora Guzmán López del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por lo expuesto en la parte emotiva de esta providencia.*

***Segundo:** Condenar a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Alba Débora Guzmán López, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto la parte motiva esta providencia.*

***Tercero:** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Alba Débora Guzmán López al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a lo expuesto la parte motiva esta providencia.*

***Cuarto:** Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de obligación y prescripción formuladas por Colpensiones y las de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción formuladas por Protección S.A. (...)"*

En síntesis, consideró, que Protección no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esta entidad y no a la demandante tal como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado acerca de los beneficios de trasladarse de régimen ni tampoco de sus desventajas y que con los formularios de afiliación no es posible determinar cuáles fueron los términos de las asesorías que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Corporación antes mencionada, así como tampoco obra prueba que demuestre que se le haya informado la nefasta consecuencia de perder el régimen de transición ante el traslado de régimen pensional.

Adujo que Protección S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante, la cual influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y de permanecer en este, por lo que además incumplieron sus deberes de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

Concluyó indicando que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, este no produjo efecto alguno por lo que Protección S.A. debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y esta última deberá afiliar nuevamente a la demandante al Régimen de Prima Media, así como recibir las cotizaciones provenientes de Protección S.A.

Finalmente, refiere que, conforme la jurisprudencia de la mentada Corporación, la excepción de prescripción no opera cuando se trata de la acción de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, no solo por su nexo de causalidad como un derecho fundamental irrenunciable, imprescriptible, como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo de la pretensión inicial y que la excepción de inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho no se abre paso, como quiera que no se analizó la validez del traslado de la demandante desde la óptica de los vicios del consentimiento, sino desde la figura de la ineficacia tal y como lo ha dejado sentado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

4. Argumentos de los recurrentes

Colpensiones adujo que, dentro del interrogatorio de parte que se realizó a la demandante se tienen en cuenta las asesorías adicionales que le fueron brindadas por parte de Protección S.A. y que se demostró que estas estuvieron encaminadas a resolver dudas o el tipo de cosas que se reafirman al momento de la afiliación.

Expresó que la demandante no demostró la falta o el vicio dentro del contrato, el cual se regiría por la parte civil para demostrar que hubo engaño, o algún tipo de treta para poder engañar a la demandante y que por el contrario, se demostró cuanto duraban las asesorías brindadas para resolver dudas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de junio de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero de la anualidad que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en su contestación y recurso.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 16 de junio del año 2000 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Santander (hoy Protección S.A.) (fl. 92) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora: en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su

obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre

un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 92 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de junio del 2000 con la AFP Santander hoy Protección, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso: *"(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)""*

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló: *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta la decisión de la A Quo de estudiar el caso particular bajo la figura de la ineficacia y no de las nulidades, dando así al traste con el argumento presentado por la parte apelante, ya que no es necesario que la demandante pruebe vicio alguno.

De otro lado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló: *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó: *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUCIANO IDARRAGA GARCÍA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor el 01 de agosto de 2004 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita se ordene, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A trasladar la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; y a Colpensiones realizar todas las gestiones encaminadas a anular el traslado de régimen y recibir sin solución de continuidad al actor.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que de las pruebas obrantes en el proceso se puede establecer que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

Señala que, la Ley 100 de 1993 establece la libre escogencia regímenes y no permite la posibilidad de traslado cuando faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Indica que, el accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para retornar al RAIS según sentencias C-789 de 2002 y SU-130 de 2003.

Aduce que, el fondo privado al momento del traslado no tenía la obligación de hacer proyecciones pensionales, ya que, este deber nace con el Decreto 2071 de 2015.

Agrega que, el accionante contaba con 10 años para entablar la acción de conformidad con el artículo 2536 del C.C.

Finalmente expresando que, el error de derecho no vicia el consentimiento.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que al momento de realizarse la afiliación al RAIS se informó al actor las características, ventajas, desventajas, y diferencias, de los regímenes pensionales.

Refiere que, se realizó el traslado en ejercicio de la autonomía de seleccionar libre y voluntariamente régimen pensional.

Indica, que el actor no es beneficiario del régimen de transición y que al 01 de abril de 1994 contaba con 206,29 semanas.

Expone que, según Concepto de 2015 emitido por la Superintendencia Financiera el deber de asesoría nació con el Decreto 2555 de 2010, y la obligación de informar con la Ley 1748 de 2015, sin que tuviera con anterioridad a tal fecha, que realizar proyecciones pensionales.

Manifiesta que, la nulidad absoluta se origina de un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, por lo que la nulidad que se podría predicar sería relativa por vicios del consentimiento, empero el que se presentaría sería un error de derecho que genera tal vicio.

Finalmente expresa que, operó prescripción por dejarse transcurrir más de 3 años e inclusive 4, conforme la normatividad civil; y que la carga de la prueba está en cabeza de la parte actora.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO. -** **DECLARAR** la nulidad del traslado realizado por el demandante Luciano Idarraga García del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 21 de junio de 2004, a través de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*

***SEGUNDO. – CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Luciano Idarraga García, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*

***TERCERO. – CONDENAR** a Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, con motivo de la afiliación de Luciano Idarraga García, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.*

***CUARTO. – DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. (...)"*

En síntesis, refirió que la Corte Suprema de Justicia ha advertido que los fondos privados tienen de lograr una adecuada asesoría a sus potenciales afiliados, pues de ello depende la escogencia del régimen que más le convenga a sus necesidades sociales y económicas concretas, de modo que, deben garantizar que la decisión sea informada y objetivamente verificable, de tal manera que se puedan conocer los riesgos del traslado; que si se desconoce lo anterior, una persona natural o jurídica se hará acreedor de las sanciones del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, así como a la ineficacia del acto; que quien debe acreditar que se suministró la correspondiente información es del fondo privado, obligación que se exige desde la entrada en vigor del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; que el formulario de afiliación resulta insuficiente para establecer que se cumplió con el deber de información; y que no se debe contar con expectativa pensional ni estar en el régimen de transición para estudiar la ineficacia de una afiliación.

Frente al caso particular apunta que, está acreditado el traslado del actor; que del acervo probatorio no se logra extraer que el fondo privado hubiese suministrado la correspondiente información al trabajador; que el error de hecho se evidencia al no efectuarse proyección pensional ni suministrarse suficiente información al actor al momento de su afiliación.

Menciona que, debido a la nulidad del acto de afiliación, Colpensiones debe recibir nuevamente el actor, siendo devueltos todos y cada uno de los valores que se hubieren causado a favor del fondo.

Concluye expresando que, no hay prescripción al estarse frente a un derecho conexo a la seguridad social, que es irrenunciable.

4. Argumentos de los recurrentes

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Adujo que del articulado del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de 1993 y las exigencias de la Superintendencia Financiera sólo indican la exigencia de dejar por escrito las circunstancias o la información que se le daba al afiliado, lo que es disímil con lo que se está requiriendo.

Indica que, no era posible entregar al actor una proyección de su mesada al momento del traslado, pues al momento del traslado presentaba cotizaciones y salarios base de 2 salarios mínimos y en 2013 los incrementó significativamente, de modo que, no se podría establecer la supuesta afectación, ya que de efectuarse la correspondiente liquidación, se hubiese incurrido en una indebida información.

Señala que, no es posible acceder a la devolución de sumas adicionales, como quiera que, la Ley 100 de 1993 frente al RAIS establece el pago de sumas adicionales cuando el afiliado ha tenido condición de inválido o ha sobrevenido la muerte, siendo estos únicos dos eventos donde la aseguradora con la cual contrata el fondo el seguro previsional, hace pago.

Colpensiones. Explica que el actor no es beneficiario del régimen de transición, contando al 01 de abril de 1994 contaba apenas 52,34 semanas, por lo que no podía regresar en cualquier momento por encontrarse en una prohibición legal.

Indica que, el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte, es decir, que al suscribirse el formulario, el cual tiene plena validez por ser un acto entre particulares, se aceptaron las condiciones que venían implícitas, lo favorables como lo desfavorable.

Adiciona que, no obra prueba alguna de que el demandante hubiese acudido a Colpensiones, que se hubiese indagado si era o no cierto lo manifestado por el asesor, siendo el actor mayor de edad, apto y capaz.

Manifiesta que, las características, condiciones y modalidades pensionales están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa, según lo que prevé el artículo 9 del C.C, para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, y ha sido expuesto en sentencias de Corte Suprema de Justicia.

Finalmente refiere que según el artículo 2536 del C.C, la prescripción de la acción ordinaria civil es de 10 años; y que se debe tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, ya que con las múltiples demandas sobre la materia Colpensiones se ve damnificada, así como todas las personas que día a día sí cotizaron contribuyendo al sistema, por el reconocimiento de prestaciones pese a que se ordene el pago de aportes y rendimientos, pues son insuficientes para cubrir la pensión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 04 de noviembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año 2021 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Porvenir, quien reiteró lo expuesto en su contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1° de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 21 de junio de 2004 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 96) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008[1], dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien

[1] M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente

libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."[2]

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

---

[2] SL 1688-2019 Radicación No. 68838

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 96 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 21 de junio de 2004 con Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, y conforme los argumentos esgrimidos por el apelante, si bien para la época en que el señor Idarraga García se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (21 de junio de 2004) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta ser declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y no su nulidad, por lo que la sentencia de primer grado se modificará en tal sentido.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte

Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

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

De otro lado, frente a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, ya que el recurrente menciona que las características pensionales se encuentran consagradas en la ley y que por ello la ignorancia de la ley no sirve de excusa, dicha situación no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo

determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Conforme lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia de primer grado, para declarar la INEFICACIA del traslado del demandante del RPM al RAIS y no la nulidad como allí se dispuso.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la providencia apelada y consultada promovida por el señor Luciano Idarraga García en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar dicho numeral quedará así:

***"PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante Luciano Idarraga García del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 21 de junio de 2004, a través de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A."*

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes.

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

Social.

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclara voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $1,000,000 a cargo de las demandadas.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Sustanciadora

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00206 -01
Demandante: **SINDY YOHANA GUEVARA PEDRAZA**
Demandado: **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora de PAR CAPRECOM**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las partes, y se estudia en GRADO JURISDICCIONA DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que SINDY YOHANA GUEVARA PEDRAZA promoviese contra FIDUPREVISORA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora de PAR CAPRECOM.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 17 de julio de 2013 al 31 de enero de 2016, que es trabajadora oficial, y que es beneficiaria de los beneficios convencionales. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, vacaciones, prima convencional de junio, prima convencional de navidad, prima legal y convencional de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, reembolso de los dineros pagados por concepto de seguridad social en pensiones y salud, e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, la existencia de un contrato realidad como consecuencia en la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad como Auxiliar Administrativo, cargo en el que ejecutó su labor de forma personal, cumplía horario de trabajo, y recibía órdenes.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que el contrato que rigió a las partes fue de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, motivo por el que la demandante desplegó sus servicios de manera independiente y sin subordinación.

Señaló que, no puede ser tenida como sucesora procesal de Caprecom, como quiera que, es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen al eventual vínculo aducido por la actora con tal entidad, por demás que su papel únicamente es de liquidadora, y no puede responder con recursos propios o ajenos al encargo fiduciario.

Finalmente manifestó que, que el accionante no era sindicalizado para considerar que tiene derecho a beneficios convencionales.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR que entre la actora y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom, hoy PAR Caprecom liquidado, existió un contrato de trabajo, en calidad de trabajadora oficial, desde el 17 de julio de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción e inexistencia del derecho y de la obligación frente a las pretensiones que no se dieron, y no probadas las demás, propuestas por la parte demandante,

TERCERO. - CONDENAR al PAR Caprecom administrado por su vocera Fiduciaria La Previsora S.A al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías, $3'791.939,08
- Vacaciones, $2'275.542, valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, a fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.
- Prima legal de navidad, $1'792.549
- Auxilio convencional de transporte, $817.700
- Prima de retiro, $3'585.098.
- Sanción moratoria por falta de pago a la terminación de las prestaciones debidas, $13'384.365,10

CUARTO. - **CONDENAR** al PAR Caprecom administrado por su vocera Fiduciaria La Previsora S.A a la devolución de los aportes realizados por la actora en los meses de agosto a diciembre de 2015. Lo anterior sólo sobre el porcentaje que recaía en cabeza del empleador

QUINTO. - **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, refirió que, en virtud del contrato de fiducia mercantil con Fiduciaria La Previsora S.A se creó el PAR Caprecom, para que fuera administrado por tal entidad.

Adujo que, Caprecom es una Empresa Industrial y Comercial del Estado por lo que, sus trabajadores regla general son trabajadores oficiales, sin que se vea que la accionante ejecutara funciones de dirección y confianza.

Indicó que, en virtud de la presunción del artículo 24 del CST es dable tener la relación que unió a las partes, como laboral, como quiera que, está acreditada la prestación del servicio y no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, ya que, de las órdenes de prestación de servicios, se verifica que la accionante desplegaba funciones, tales como: apoyo como auxiliar a administrativa en el área financiera, y posteriormente como técnica para tesorería; radicación de las cuentas recibidas en el sistema financiero Seven, conforme manuales y procedimientos de la entidad; amortización, identificación y segregación de facturación susceptible de recobro ante el FOSYGA; elaboración de comprobantes, reconocimiento y pago siguiendo las directrices del manual de procesos y procedimientos del área; elaboración de informes de los procesos adelantados; realización de archivo plano en Excel para el cargue en el aplicativo Seven; y archivo, elaboración, y verificación de fichas financieras para el pago de las mismas.

Agregó, que lo anterior también se podía extraer del interrogatorio de parte, y los testigos, quienes manifestaron que la actora ejecutó las labores narradas, así como que estaba sujeta a horario de trabajo, que debía justificar sus ausencias, y que recibía órdenes de sus jefes inmediatos.

Señaló que, si bien existen interregnos cortos entre un contrato y otro, es posible tener que la demandante según los testigos jamás se separó de sus funciones.

Dijo que, es posible aplicar la convención colectiva de trabajo a la actora, ya que, ostenta la calidad de trabajadora oficial.

Explicó que, opera parcialmente la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 02 de marzo de 2015, como quiera que se reclamó el mismo día y mes de 2018. Lo anterior, con excepción de las cesantías las cuales son exigibles dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de trabajo.

Frente a las prestaciones sociales manifestó: que las cesantías no están reguladas en la convención colectiva, por lo que se aplica las de índole legal; que las vacaciones conforme convención se liquidan según la ley; que la prima de junio y de vacacione se deniegan, como quiera que se señala que se debe pagar conforme a ley, empero no está regulada para trabajadores de empresas industriales y comerciales del Estado; que hay lugar a prima de vida conforme al Decreto 3135 de 1968, por ser más favorable; que no es dable acceder a prima de vacaciones, ya que, no hay soporte legal para el pago a favor de trabajadores oficiales de empresas industriales y comerciales del Estado; que se debe pagar auxilio de transporte, y prima de retiro, conforme a lo estipulado en la convención; y que no es posible acceder a bonificación de recreación, ya que dependía del disfrute de vacaciones.

Enunció en relación con las moratorios que, conforme a la Corte Suprema de Justicia hay indemnización moratoria, como quiera que, la simple convicción de estar frente a un modelo de contratación de servicios, es insuficiente para exonerar, aunado a que, se denota la existencia de subordinación que es propia de la contratación laboral, y no se evidencia buena fe, al tenerse que se buscó disfrazar la relación de trabajo; que se debía pagar hasta el momento de liquidación de Caprecom, pues desde esa fecha estaba en imposibilidad jurídica de reconocer derechos; y que la sanción por no consignación de las cesantías no está referida a trabajadores del sector público.

Finalmente expresó que, al sufragarse aportes a seguridad social en salud y pensiones por la actora, se debe efectuar su devolución sobre los porcentajes que le correspondía al empleador.

4. Argumentos de los Recurrentes

Parte actora

Expuso que, se debe hacer un nuevo estudio de la prescripción, para lo que se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16528-2016, ha enseñado que sí se eleva reclamación dentro de los 3 años siguientes al finiquito contractual, no opera tal fenómeno sobre los 3 años anteriores a la terminación del contrato de trabajo.

Dijo que, la sanción por no consignación de las cesantías está en el Decreto 1252 de 2000, tesis que ha sido aceptada por Salas del Tribunal Superior de Bogotá.

Finalmente señaló que, no si bien reconoce el límite por la indemnización moratoria, expresó que, el valor impuesto por tal concepto se debe ordenar debidamente indexado para preservar el poder adquisitivo de la moneda.

Parte demandada

Adujo que, no hubo contrato de trabajo, como quiera que, la entidad siempre actuó como contratante y la actora como contratista, por lo que se debe confrontar la prueba testimonial con la documental

Dijo que, la actora nunca estuvo vinculada a una organización sindical de Caprecom; que nunca se pactó el pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante; y que asumió su seguridad social como independiente.

Concluyó exponiendo que, la entidad obró de buena fe, que a la actora se le dio la oportunidad de trabajar luego de terminar su labor de aprendiz, de modo que, bajo está perspectiva no habría lugar a indemnización moratoria.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 29 de octubre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizando por el apoderado de la demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo era Caprecom, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿En virtud del principio de la primacía de la realidad es dable establecer que la relación de la accionante estuvo regida por un contrato de trabajo, y como consecuencia hay lugar al pago de las acreencias laborales que pretende?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Relación Laboral

El artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos a saber: la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y un salario como retribución al servicio.

A su vez el artículo 3 *ejusdem* estipula, que una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, por las condiciones peculiares del empleador, persona jurídica o natural, por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, en dinero, especie o simple enseñanza, el sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera. Por tanto, corresponde entonces a la Sala, precisar si a autos se arrimó la prueba necesaria demostrativa de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, por lo que se procederá a evaluar las documentales arrimadas.

Al respecto, encontramos en certificados, e informes de ejecución de actividades del contratista, obrantes a folios 68 a 72, 74 a 83, 85 a 88, 90 a 99, 101 a 104, y 106 a 118, que la accionante fue contratada en un principio como Aprendiz de Técnico en Asistencia Administrativa para la Regional Bogotá, que a partir del 17 de julio de 2013 empezó a prestar sus servicios como Auxiliar Administrativo Apoyando el Área Financiera en la Territorial Bogotá- Cundinamarca, y que desde el 07 de enero de 2014 prestó servicios como Auxiliar Administrativo en el Proceso de Radicación de Facturas de Salud en Seven.

Ahora bien, en dichos cargos la actora ejecutó labores tales como, recepción de facturación; radicación en el sistema financiero Seven las cuentas recibidas siguiendo los parámetros descritos en el Manual del Comprobante de Reconocimiento y Pago; amortización, identificación, y segregación de la facturación susceptible al proceso de radicación de recobros de la entidad ante el FOSYGA; elaboración del comprobante de reconocimiento y pago siguiendo las actividades descritas en el Manual de Procesos y Procedimientos del área; elaboración de informes acerca de los diferentes procesos adelantados en el área en el departamento; recepción de facturación; realización de archivo plano en Excel para el respectivo cargue en el aplicativo Seven; archivo; y elaboración y verificación de fichas financieras para el pago de las mismas.

De esta manera está demostrada la prestación del servicio por parte del trabajadora a Caprecom, y en consideración al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que establece, que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, le correspondía destruir dicha presunción a la demandada, debía desvirtuar el elemento de subordinación para

desacreditar la relación laboral, no obstante y contrario a ello, los testigos comparecientes, Ana Judith Guevara Castro y Nesly Johana Díaz Trujillo, ratificaron dicha información, y que la accionante estaba sometida a horarios de trabajo, que debía pedir permiso para ausentarse, y que recibía órdenes de jefes inmediatos de los que mencionaron especialmente a Carmen Helena Guerrero.

Por otra parte, es menester aclarar que si bien en interrogatorio de parte el demandante y de las testigos en mención se puede extraer que, contratación fue voluntaria, y que no manifestó inconformidad sobre la modalidad contractual utilizada por la demandada, ello no es óbice para tener por desvirtuada la subordinación, pues lo que resulta relevante es la autonomía e independencia con la que se ejercía la prestación del servicio, así como que, de no encontrarse esto acreditado, estamos a una parte dentro del extremo laboral, que es la débil en contraste con su empleador.

Por tanto, y en los términos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945, se considera, que la prestación de servicios personales se efectuó a través de un contrato de trabajo. De modo que, la relación contractual que ató a las partes, bajo los ritos formales de una contratación de prestación de servicios regida por la Ley 80 de 1993, tuvo el alcance de constituirse en realidad, en un contrato de trabajo al no demostrarse autonomía ni independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la demandante.

Últimamente, sobre el tema en estudio, conviene rememorar que de conformidad con la Ley 314 de 1996 y el Decreto 205 de 2003, Caprecom era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que sus trabajadores, según el Decreto 3135 de 1968, por regla general son trabajadores oficiales; y excepcionalmente en los estatutos de dichas empresas se precisarán las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, empero por el cargo que ostentaba la actora y las funciones que realizó, se denota que no desarrolló alguna de las últimas funciones, de modo que, se considera acertado tener a la actora como trabajadora oficial.

De las varias relaciones laborales

Sobre la materia, observamos que la A quo declaró una única relación entre el 17 de julio de 2013 y el 31 de enero de 2016, frente a lo que, si bien no se presentó impugnación, se procede a asumir su conocimiento en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Bien, las certificaciones obrantes a folios 68 a 72 y 116 a 118, así como los informes de folios 106 a 106 a 115, dan cuenta que desde el 17 de julio de 2013, la actora comenzó a desempeñar sus funciones de Auxiliar Administrativo Apoyando el Área Financiera en la Territorial Bogotá- Cundinamarca, contratación que se extendió

hasta el 30 de septiembre del mismo año, siendo nuevamente contratada y ejecutando sus labores en los siguientes extremos; 01 de octubre al 31 de diciembre de 2013, 07 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014, 01 de julio al 31 de diciembre de 2014, 13 de enero al 30 de junio de 2015, y 01 de julio de 2015 al 31 de enero de 2016.

Así las cosas, se considera acertada la decisión del A quo, puesto que, si bien entre los anteriores extremos se presentan interregnos de tiempo, son mínimos y por un tiempo muy breve, por lo que de conformidad a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, esto es, que en caso de presentarse interregnos cortos entre un contrato y otro, es posible considerar la existencia de una sola relación laboral, sentencias del 15 de febrero, 24 de mayo de 2011, y 20 de febrero de 2013, Rads. 40273, 37803, y 42546, respectivamente.

Prescripción

De conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, el término prescriptivo comienza a contabilizarse a partir de la fecha en que la cada acreencia laboral se hace exigible, tal y como se efectuó en sentencia del 28 de enero de 2015, Rad. 44651 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y más recientemente en la sentencia SL4345-2020; con excepción de las cesantías, cuya exigibilidad inicia a la fecha de terminación del contrato de trabajo, conforme a la providencia citada.

Conforme a lo dicho, y en la medida que el contrato terminó el 31 de enero de 2016, y se elevó reclamación administrativa el 02 de marzo de 2018, tenemos que operó la excepción de prescripción sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2015, tal y como lo expuso la Juez de Primera Instancia, por lo que, en tal sentido la sentencia se confirmará.

Aplicación de la convención

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en variada jurisprudencia como la del 08 de marzo de 2017, SL 21114-2017 reiterada el 04 de julio de 2018, SL2614-2018 ha explicado que basta que un trabajador demuestre que ostentó la calidad de trabajador oficial para que le sea aplicable la convención colectiva de trabajo, así no se encontrara formalmente en la planta de personal y esa calidad le haya sido reconocida a través de un fallo judicial.

De esta manera, y como quiera que el accionante está regido por un contrato de trabajo, se considera que es beneficiario de las acreencias extralegales a que tienen derecho los trabajadores del extinto Caprecom, más aún cuando en él se constata que la convención está destinada en forma integral a los trabajadores de dicha entidad, tal y como se desprende de una lectura integra de la misma, especialmente, los

				Año 2016			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	1.792.549,00	59.751,63	$ 1.792.549,00		
Total días		30			$ 1.792.549,00	$ 59.751,63	$ 1.792.549,00

	SALARIOS	
17/07/2013	31/12/2013	$ 1.271.000,00
1/01/2014	31/12/2014	$ 1.271.000,00
1/01/2015	31/12/2015	$ 1.531.774,50
1/01/2016	31/01/2016	$ 1.792.549,00

CESANTÍAS				VACACIONES			
17/07/2013	31/12/2013	13,67	$ 579.011,11	17/07/2013	16/07/2014	15,00	$ 896.274,50
1/01/2014	31/12/2014	30,00	$ 1.271.000,00	17/07/2014	16/07/2015	15,00	$ 896.274,50
1/01/2015	1/01/2015	30,00	$ 1.531.774,50	17/07/2015	31/01/2016	8,08	$ 482.992,37
1/01/2016	31/01/2016	2,50	$ 149.379,08				
TOTAL			$ 3.531.164,69	TOTAL			$ 2.275.541,37

PRIMA DE NAVIDAD			
1/01/2015	31/12/2015	12	$ 1.792.549,00
1/01/2016	31/01/2016	1	$ 149.379,08
TOTAL			$ 1.941.928,08

PRIMA DE RETIRO		
17/07/2013	31/01/2016	$ 3.585.098,00

AUXILIO DE TRANSPORTE			
1/03/2015	31/12/2015	10	$ 740.000,00
1/01/2016	31/01/2016	1	$ 77.700,00
TOTAL			$ 817.700,00

Devolución de aportes

En razón a que de las documentales allegadas se extrae que el pago por concepto de seguridad social lo asumió el demandante, se considera que hay lugar a la devolución de los valores que pagó en el valor que le correspondía al empleador, empero ello será únicamente frente a los meses que se acreditó su pago, esto es, agosto a diciembre de 2015.

Conforme a ello, y dado que no están prescritos, se adeuda la suma de **$763.949.** Por tanto, y dado que en cabeza del sentenciador de segunda instancia recae la labor de concretar conforme al artículo 283 del CGP, se modificará la sentencia a fin de adicionar tal valor. En la siguiente grafica se pueden observar las operaciones aritméticas correspondientes:

APORTES SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL			
MESES	SALUD	PENSIÓN	
ago-15	$ 62.016	$ 87.525	$ 3.800
sep-15	$ 61.812	$ 87.300	$ 3.800
oct-15	$ 62.288	$ 87.900	$ 3.800
nov-15	$ 61.880	$ 87.375	$ 3.800
dic-15	$ 60.928	$ 86.025	$ 3.700
TOTAL	$ 308.924	$ 436.125	$ 18.900
TOTAL			$ 763.949

Sanción moratoria

En relación con la sanción moratoria, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expresado que dicha no operan ni automática ni

inexorablemente, sino por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, de suerte que recae en cabeza de éste la verificación de la conducta asumida en cada caso por el empleador a través de los medios probatorios, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe. Al respecto se aclara que cuando se habla de este tipo de indemnizaciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe donde es el empleador quien debe acreditarla.

En el *sub examine*, se advierte, que de las pruebas recaudadas no se logra establecer que fuera intención de la demandada reconocer el pago de las acreencias laborales a su cargo, pues recuérdese que la simple afirmación del empleador de tener la creencia de estar regido por una forma de vinculación diferente a la laboral no exime de la imposición de la sanción moratoria, pues lo cierto es, que se encontró acreditado el ejercicio de una subordinación sobre la trabajadora demandante, por lo que hay lugar a su condena. Lo anterior, tiene como base diferentes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tales como, la del 06 de diciembre de 2006, rad. 25713 y SL3620-2020.

No obstante, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral también ha establecido que, solo se puede extender el reconocimiento de la sanción moratoria hasta la fecha de finalización del proceso liquidatorio de la entidad, teniendo presente que, a partir de ese momento, perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones como empleador (SL194-2019, SL3620-2020 y SL4211-2020).

Por tanto, y en la medida que, el Decreto 2519 de 2015 dispuso la supresión y liquidación de Caprecom y, a través del Decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016, se prorrogó el plazo para culminar la liquidación hasta el 27 de enero de 2017, se considera que es hasta este momento que se debe calcular.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el periodo de gracia que establece el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, tenemos que la indemnización moratoria debe contabilizarse desde el 1 de mayo de 2016 (el cálculo de 90 días se hace calendario conforme la sentencia SL981-2019), a razón de $59.751,63 diarios, hasta el 27 de enero de 2017, lo que arroja la suma de $16'013.437,73; sin embargo, y como quiera que, tal valor es superior al impuesto por la *A quo*, $13'384.365,10, no fue objeto de apelación se confirmará, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus.*

Sanción por no consignación de las cesantías

Al respecto, es necesario aclarar que el Decreto 1252 de 2000 hace referencia a los trabajadores de la fuerza pública, esto es, fuerzas militares y policía nacional, por lo que, en tal sentido no resulta aplicable. Así, y dado que, la sanción por no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999 cobija a los

trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, por lo que se confirmará la absolución de tal concepto (sentencias SL981-2019 y SL4743-2020).

Indexación

La Sala considera que hay lugar a su condena frente a las acreencias laborales frente a las que no opera la indemnización moratoria, como las vacaciones. Asimismo, el valor de la sanción moratoria se ve sometida a depreciación monetaria, por lo que se considera que su reconocimiento se debe realizar debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago, tal y como se sostuvo en sentencias SL194-2019 y SL3397-2020, por lo que se modificará la sentencia a fin de establecer tal concepto.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR los ordinales 1 y 6 del numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar por concepto de cesantías la suma de **$3'531.164,69**, y que la indemnización moratoria se debe pagar debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago-

SEGUNDO. - MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que por concepto de aportes a seguridad social por los meses de agosto a diciembre de 2015 se debe pagar la suma de **$763.949.**

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00206 -01
Demandante: SINDY YOHANA GUEVARA PEDRAZA
Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora de PAR CAPRECOM

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por las apoderadas de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CARLOS ROBERTO CORTES MARTÍNEZ promoviese contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la nivelación salarial del actor conforme a las funciones que desarrollaba al servicio de la demandada, y como consecuencia de ello, la reliquidación de sus salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios legales y extralegales, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad (quinquenio), regalo por compra de vivienda, y aportes a seguridad social en pensiones y riesgos laborales. Igualmente, solicita el pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, y perjuicios morales.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en las funciones que desempeño como Jefe de Departamento según las exigencias de CAFAM y los perfiles de este cargo, pese a que no había sido nombrado formalmente en éste, así como en su despido, el que cuestionó al no haberse cumplido los procedimientos y requisitos del Reglamento Interno de Trabajo, por demás, censuró que la terminación estribó en la entrega de subsidios de desempleo que contaban con autorización de sus superiores y presentaba una alta carga laboral.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), expuso en síntesis que, entre las partes se celebraron tres contratos de trabajo, siendo los dos primeros a término fijo, y finalizando por mutuo acuerdo entre las partes, lo que quedó materializado en un acta de terminación.

Indicó que, para que exista nivelación salarial es necesario que quien la solicita, atienda su carga probatoria, esto es, que acredite que desempeñaba el mismo cargo, la misma jornada, que tenía las mismas condiciones de eficiencia, y e iguales funciones con quien se pretende la comparación, no obstante, lo anterior ni siquiera fue planteado, por demás que, la diferencia salarial atiende a motivos razonables y legítimos, ya que las funciones del actor y del Jefe de Departamento no eran idénticas.

Expresó que, el demandante incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones al entregar los beneficios del mecanismo de protección al cesante sin el cumplimiento del 100% de los requisitos para ello, lo que ascendió a la suma de $1.074'179.356 entre mayo y septiembre de 2014. Además, según los hallazgos de la auditoría de la firma E&Y se consideró que se pasó por alto la verificación de los requisitos de los postulantes y se otorgaron beneficios cuando no se tenía vocación para ello.

Dijo que, no estaba en la obligación de seguir procedimiento alguno del Reglamento Interno de Trabajo, dado que éstos se refieren a sanción, concepto en el que no se enmarca la terminación del contrato de trabajo.

Concluyó señalando que, ha pagado la totalidad de los aportes al sistema de seguridad social integral a favor del demandante; y que su actuar ha estado provisto de buena fe, tanto en la celebración de los contratos de trabajo como durante la vigencia de los mismos.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **ABSOLVER** a la demandada de la nivelación salarial pretendida por el actor y por ende de la reliquidación de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, aportes a seguridad social por no encontrares probado un mayor salario.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a la demandada a pagarle al actor la suma de $20'350.007 por concepto de despido injusto, debidamente indexada.

TERCERO. - **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el actor.

CUARTO. - Dadas las resultas del proceso, se **DECLARA PROBADA** la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas frente a la nivelación salarial y la reliquidación de prestaciones sociales.

En síntesis, refirió que para darse a cabo la nivelación salarial no es necesario que un trabajador desempeñe el mismo cargo de otro, pero que sí debe demostrar que desempeñan el mismo puesto, con la misma jornada, en iguales condiciones, de eficiencia, y en general, todo elemento de convicción del que se pueda inferir la igualdad con este tipo de trabajadores en condiciones básicas de responsabilidad, de intensidad, y calidad; y que, con indicios se debe acreditar la discriminación, correspondiéndole así al empleador acreditar la razonabilidad de este trato.

Apuntó que, no se encuentra demostrado que las funciones del accionante fueran idénticas a las del señor Luis Alberto Salgar, quien sería posteriormente nombrado como

Jefe del Departamento en el área donde trabajaba el accionante, pues no se puede con el acervo probatorio recolectado, establecer que tenían iguales condiciones de trabajo, por demás que no se acreditó el salario del señor Salgar, por lo que sin ello no se podrían realizar las correspondientes operaciones aritméticas para efectuar la reliquidación pretendida.

Adujo que, está demostrado el hecho del despido, carga de la parte demandante; la que consiste en el suministro de subsidios sin haberse efectuado la correspondiente capacitación a los afiliados de la demandada.

Agregó que, el despido no es una sanción disciplinaria, como se ha explicado por la Corte Suprema de Justicia, por lo que no debía someterse a un procedimiento para llevarlo a cabo.

Indicó que, no se evidencia que el despido hubiera gozado de inmediatez, ya que, desde el conocimiento de la ocurrencia de la falta se dejó transcurrir un tiempo considerable para llevar a cabo la terminación del vínculo.

Señaló que, la liquidación del contrato de trabajo se hace desde el tercer contrato, esto es, el que inició el 05 de febrero de 2010.

Finalmente expuso que, no se demostraron los perjuicios morales, pues de manera alguna se le imputó un actuar delictivo o inmoral; y que no operó prescripción dado que se demandó dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo laboral.

4. Argumentos de los Recurrentes

Parte demandada

Adujo que el tema de la inmediatez del despido no fue un tema puesto de presente en la demanda ni en la fijación del litigio, motivo por el que no se tuvo los medios de defensa así como resulta violatorio de los medios de defensa de Cafam, sin que en la reforma de la demanda se hubiera hecho mención de ésta.

Indicó que, las auditorias no se hacen en el mismo año, normalmente se hacen en el siguiente, siendo el primero en enero de 2015, el que fue aclarado y adicionado en julio del mismo año; que al ser una auditoria externa era necesario iniciar una investigación interna y solicitar las aclaraciones de rigor a quien la realizó, de modo que, con ello se iniciaron los correspondientes procesos disciplinarios y de llamados a descargos de las personas que estuvieron inmiscuidas en las irregularidades que se evidenciaron con la entrega de subsidios, lo que llevó a la terminación del vínculo laboral en septiembre de 2015.

Añadió que, se debe tener en cuenta para determinar la inmediatez el momento a partir del cual el empleador tuvo conocimiento de la justa causa, pues desde allí se pasaron por seis etapas, finalizando con el despido en septiembre de 2015; posición que ha sido respaldada por la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que un empleador prudente se toma un tiempo para llevar a cabo el despido, y estamos frente a un caso donde el empleador no destinó recursos públicos en debida forma por más de 1000 millones de pesos.

Finalmente refirió que está demostrada la justa causa, pues hubo un errado e irresponsable manejo de recursos públicos por parte del actor, y se destinaron sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para ello, tal y como quedó plasmado en la carta de terminación, lo que se demostró a través de las auditorias, la investigación, y la diligencia de descargos.

Parte demandada

Expresó que, en audiencia del 30 de noviembre de 2019, la Juez señaló que todo lo que tenga que ver con el Departamento de Protección al Cesante será el mismo de Gestión de Empleo, conforme lo dicho en la testimonial, entendiendo que lo que cambió fue la denominación entre ellos, por demás que sobre tal temario, obra respaldo documental a folio 1055 del plenario.

Dijo que, a folio 1021 obra certificación de la remuneración del Jefe de Departamento de Gestión del Empleo, y a 1007 la de los jefes de departamento.

Finiquito indicando que, con lo anterior es posible acceder a la nivelación salarial, reajustar las prestaciones sociales, y reliquidar la indemnización por despido injusto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello, se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿La parte actora acredita los requisitos necesarios para que haya lugar a una nivelación salarial con el cargo denominado Jefe de Departamento?

¿Las razones que precedieron el despido del accionante se enmarcan dentro de una justa causa?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado con relación al despido injusto y confirmar lo relativo a la nivelación salarial.

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

Nivelación salarial

El principio "a trabajo igual, salario igual" no es absoluto ni de aplicación literal e inexorable, sino que exige que el puesto desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio acontezcan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra, tal y como lo consagra el artículo 143 del CST.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL16404-2014, SL1004-2020 y SL493-2020, señaló que en virtud de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011, esto es, que *"todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación"*, recae en cabeza del asalariado acreditar el cargo que ejerce, y la existencia de un trato salarial diferenciado frente a otro u otros empleados que hayan desempeñado el mismo puesto; cumplida esta carga, será el empleador quien deberá acreditar las razones que justificaron la razonabilidad de dicho trato, pues es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, la cantidad y la calidad del trabajo realizado, la antigüedad, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc, (sentencias del 24 de mayo de 2005, Rad. 23148, reiterada el 18 de mayo de 2009 y el 06 de mayo de 2015, Rads. 33673 y 46853, respectivamente).

Es de colegir entonces que, la aplicación del renombrado principio entraña una certera comprobación de la igualdad de condiciones en que desarrolla la labor el trabajador que alega un trato discriminatorio y la de aquél que es objeto de comparación, pues sólo dados tales presupuestos será posible una aplicación razonable del artículo 143 del CST.

Acogiendo dicho criterio, le corresponde entonces a esta Colegiatura evaluar si las partes cumplieron con su deber probatorio y, por tanto, si de la probanza recaudada es posible derivar certeramente la igualdad de condiciones entre las labores que desempeña el demandante y las de un Jefe de Departamento.

En el caso, encontramos que el actor desde el año 2009 lideró el Centro EMPRETEC Colombia (fl.138, 889 y 890), así como celebró acuerdos como Jefe de Servicios de FONIÑEZ, recibió memorandos informativos y efectuó la entrega de este fondo el 19 de septiembre de 2014 (fls. 28 a 31, 49 a 54, 421, 422, 868, 880 a 887).

Igualmente, encontramos que el 05 de febrero de 2010, el accionante fue nombrado para desempeñar el cargo de Jefe de Área FONEDE, labor que desempeñó en Administración de Fondos, función en la que recibió diferentes comunicaciones, efectuó un informe al Departamento de Procesos sobre la cantidad de funcionarios que se requieren para cumplir con las actividades y compromisos del Departamento de Gestión de Empleo, aprobó reembolsos para la compra de elementos, así como fue el cargo donde se le adelantaron los respectivos trámites entorno a finalizar su vínculo laboral (fl.27, 33, 55, 56, 61 a 63, 67 a 135, 166 a 175, 588),

Asimismo, se evidencia que como jefe FONIÑEZ y FONEDE, el actor elaboró constancias en virtud de visitas realizadas por la Superintendencia de Salud con la entrega de documentos de los fondos a su cargo, así como envió de memorandos solicitando servicios como el de vigilancia y refrigerios, entre otras (fls.162 a 164, 420, 862 y 863); que el 28 de febrero de 2012 envió memorando al Departamento de Auditorías donde puso de presente hallazgos de la auditoría del 27 de enero del mismo año, informando que se solicitará la unificación de las guías ocupacionales de los analistas de FONEDE y FONIÑEZ, así como de su jefatura (fls. 35 y 36); que el 14 de marzo de 2014, la Analista Organizacional solicitó la evaluación del proceso de Administración de Fondos, las nuevas inclusiones, y los cambios que pudiesen proponerse a la estructura organizacional de la dependencia a cargo el actor, entregándose por parte de éste, al día siguiente, la definición de la estructura de tal departamento (fls.57, y 423); y que el 04 de junio de 2014 el actor dio su visto bueno dentro de la iniciativa denominada *"validación y definición de la estructura administrativa, requerimiento de recurso humano de los marco procesos del flujo operativo del mecanismo de protección al cesante"*, a través de la cual, buscó establecer una estructura organizacional que permitiera convertir el mecanismo de protección al cesante de Cafam en un referente de la gestión integral de atención, empleabilidad, niñez, y emprendimiento, en la que participó como Cliente y Gerente de ella (fls. 37 a 48).

De igual manera, encontramos actas donde se observa que el accionante asistió a la Sala de Juntas de Educación en retiradas oportunidades desde febrero de 2009 hasta agosto de 2014, y en una de marzo de 2015 (fls. 717 a 826)

Por otra parte, tenemos que el 14 de agosto de 2014 se cambió la denominación de la Subdirección de Educación pasando a ser la Subdirección de Educación y Desarrollo Social, con lo que también se dio nacimiento al Departamento de Mecanismo de Protección al Cesante, asumiendo su jefatura Luis Alberto Salgar, teniendo como funciones las de gestión de empleo, de emprendimiento, de seguro de desempleo, y administrativa y operativa de protección al cesante (fls.64 a 66).

Así mismo, obra en el proceso la guía ocupacional de los cargos de Jefe de Departamento Mecanismos Protección Al Cesante, Jefe de Área FONEDE y del Jefe de Departamento de Gestión de Empleo, los que tiene como misión las siguientes:

Jefe de Departamento Mecanismos Protección Al Cesante (fls. 140 a 142)	Jefe de Área FONEDE (fls. 149 a 151)	Jefe de Departamento de Gestión de Empleo (fls. 1022 a 1026)
Administrar el servicio de mecanismo de protección al cesante y los recursos del FOSFEC en concordancia con la normatividad vigente y los lineamientos estratégicos fijados por Cafam, con el fin de ofrecer servicios de alta calidad de forma directa o mediante alianzas y	Planear, dirigir y controlar el desarrollo de actividades para los desempleados, relacionados con la realización y/o contratación de estudios de mercados, segmentación de mercados, propuestas de productos y servicios, aseguramiento de la calidad y servicio al cliente, con el fin de conformar portafolios de servicios	Administrar el servicio de mecanismo de protección al cesante y los recursos del FOSFEC en concordancia con la normatividad vigente y los lineamientos estratégicos fijados por Cafam, con el fin de ofrecer servicios de alta calidad de forma directa o mediante alianzas y

convenios que permitan constituir una estructura de servicios sólida y reconocida interna y externamente.	competitivos, rentables y con el valor agregado que garanticen la adecuada destinación de los recursos del FONEDE y el cumplimiento de la legislación vigente.	convenios, que permitan constituir una estructura de servicios sólida y reconocida interna y externamente.

Por otra parte, comparecieron a juicio en calidad de testigos, Emilio Ananías Torres Flórez, Nasly Ramírez Ospina y Germán Enrique Triana Rivas, quienes también dieron cuenta de la actividad desplegada por el actor, coordinando FONIÑEZ, FONEDE y EMPRETEC; que el accionante laboró en el marco de lo que surgió con el subsidio al desempleo; que el demandante tenía asiento en el grupo primario de la Subdirección de Educación, en el que sólo podían estar los Jefes de Departamento, aunque también comparecía permanentemente, Nasly Ramírez Ospina, quien era Jefe de Sección; que no había una persona que efectuara las funciones del actor; que el jefe inmediato del accionante era Nepomuceno Torres, quien ostentaba el cargo de Subdirector de Educación; que las funciones de un Jefe de Departamento son las de planeación, dirección, organización y control de las áreas asignadas a su cargo; que el accionante tenía un equipo con un número significativo de personas a su disposición para lograr cumplir las funciones que le encomendaban; que el accionante participaba en el diseño de los programas de capacitación a empresas y particulares desempleados, así como en las convocatorias para ofrecer tales capacitaciones; que el actor acudió a reuniones con el Ministerio de Trabajo, quienes le daban pautas sobre el subsidio al desempleo que ellos brindaban; que el organigrama de la demandada cambiaba frecuentemente; que el accionante estuvo en el Área de Mecanismo de Protección al Cesante hasta 2014, cuando llegó el señor Luis Alberto Salgar; y que el accionante estaba tratando de organizar un área, de un perfil un poco mayor, apenas estaban constituyendo la jefatura de departamento que se anhelaba desde hacía tiempo.

Ahora, no desconoce la Sala que, si bien el testigo Emilio Ananías Torres Flórez hizo alusión al manejo del FOSFEC, y de que el actor era la persona encargada de destinar los recursos de éste, se entiende que lo fue del FONEDE pues antes de la Ley 1636 de 2013 no se logra evidenciar la existencia del primero. Igualmente, que después de promulgada la citada normatividad, el accionante laboró en la transacción de fondos de FONEDE a FOSFEC, esto es, mientras se lograba adecuar la estructura, así como la consolidación del Departamento de Mecanismo de Protección al Cesante dentro de la caja de compensación familiar, pues según el testigo Germán Enrique Triana Rivas el accionante estaba al frente de la organización de un área de un perfil mayor.

Por otra parte, el testigo Luis Alberto Salgar Vargas informó que, los cargos eran asignados en consideración a la persona, por lo que, Cafam evaluó elementos tales como la antigüedad y la experiencia para determinar quién debía asumir la jefatura de un departamento. Además, dicho testigo informó que existían dependencias de Cafam que no tenían dentro de su estructura Jefes de Departamento.

Por tanto, del anterior acervo probatorio narrado, es posible considerar que los cargos de Jefe de Departamento Mecanismos de Protección al Cesante y Jefe de Departamento de Gestión de Empleo tienen idéntica misión, inclusive en su tenor literal; que el accionante como Jefe de Área FONEDE asumió la dirección del fondo

FONEDE, especialmente en lo que respecta a contratación, mercado y financiera; que el demandante efectuó diferentes propuestas para lograr la consolidación del Departamento de Mecanismo de Protección al Cesante, la unificación de los programas de FONEDE y FONIÑEZ, empero lo que se llevó a cabo en agosto de 2014 fue la creación de un Departamento de Mecanismo de Protección al Cesante, transición en que la que el accionante brindó soporte y colaboración; que pese a que en su tenor literal no es igual la misión de los Jefes de Departamento relacionados, con el de Jefe de Área, ambos tienen una función similar en cuanto que tienen como fin último, la gestión de actividades para lograr la protección al cesante; y que los Jefes de Departamento tienen una misión enmarcada en la administración del servicio de mecanismo de protección al cesante y los recursos del fondo denominado FOSFEC, en cambio el Jefe de Área del FONEDE tan solo en la dirección del FONEDE, diferencia que no es mínima como se pasa a explicar.

En efecto, la última diferencia enmarcada no sólo resulta razonable, sino que ciertamente podría generar una diferencia salarial con el cargo de Jefe de Departamento Mecanismos de Protección al Cesante y/o Jefe de Departamento de Gestión de Empleo, como quiera que no fue hasta el 18 de junio de 2013 que se expidió la Ley 1636, norma que creó el Mecanismo de Protección al Cesante, el que además está compuesto entre otras cosas por el FOSFEC (Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante), entidad que fue financiada por el FONADE (Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo), quedando a partir del año 2015, la totalidad de sus recursos incorporados para financiar el FOSFEC, así como los programas y subsidios que manejaba, pues fueron reemplazados por los definidos en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, según el artículo 6° de la Ley 1636 de 2013.

Del mismo modo, debe advertirse que si bien la Ley 789 de 2002 previó mecanismos de protección al desempleo, como lo son el subsidio al empleo, el fomento al empleo y protección al desempleado, y el subsidio al desempleo, no fue hasta la Ley 1636 de 2013 que se logró una política integral de protección frente al desempleo, pues en ella no sólo se trató de brindar apoyos aislados y parciales, sino de tener una política global de apoyos monetarios, orientación en el mercado laboral, capacitación, y aseguramiento al desempleo. En ese orden, la Ley 1636 de 2013 tiene los siguientes componentes, aclarando que el quinto fue incorporado con la Ley 1780 de 2016: 1. El servicio de empleo y sus mecanismos conexos; 2. El Fondo de Solidaridad de Fomento del Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC) y los beneficios que otorga a la población cesante; 3. La capacitación general en competencias básicas y en competencias laborales específicas; 4. Las cuentas de cesantías de los trabajadores; y 5. La promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial

Así, es claro que los cambios de normatividad ponían de presente nuevos retos para la caja de compensación familiar, por lo que resultaba apenas necesario que se ampliara su estructura organizacional para poder brindar los servicios que la misma ley le imponía, por lo que, en tal sentido crear un Departamento, resultaba razonable para cumplir tal cometido, y así instaurar un Jefe de Departamento, cargo que por la misma naturaleza del Mecanismo de Protección al Cesante y lo dispuesto en la Ley 1636 de 2013 se entienden que contenía funciones más amplias al tratarse de una política integral de empleo, lo que no se acompasa con la administración de otro fondo como FONIÑEZ o la dirección de un programa como EMPRETEC, pues en tal entender, no se podría desprender la identidad de condiciones con el cargo que se pretende la comparación.

De esta manera, no es posible considerar que la parte actora acreditó la existencia de un trato salarial diferenciado frente a otro u otros empleados que hayan desempeñado el mismo puesto, pues como quedó visto, no se demostró que el accionante desempeñara el cargo de Jefe de Departamento, ya fuera en la modalidad de Mecanismos de Protección al Cesante o de Gestión de Empleo, pues el último obedecía a toda una política integral que surgió con la Ley 1636 de 2013 y de la que según el acervo probatorio, sólo es posible desprender que el accionante fue participe durante la creación y transición de FONEDE a FOSFEC, en el marco de la Ley 1636 de 2013, así como en la dirección temporal del FOSFEC mientras se lograba la consolidación del Departamento aludido, de modo que, el cargo creado tenía funciones y una estructura diferente, e inclusive en obedecimiento a una normatividad distinta a la que rigió mientras el accionante fue Jefe de Área FONEDE.

Por tanto, se confirmará en este sentido la decisión de la *A quo*, máxime si se tiene en cuenta que, el accionante pertenecía al área denominada Administración de Fondos, que fue lo que precisamente el accionante realizó con EMPRETEC y FONIÑEZ, y FONEDE y/o posteriormente FOSFEC; que el hecho de comparecer permanentemente a reuniones de los grupos primarios o manejar equipos con grandes de trabajo, no le dan la calidad de Jefe de Departamento, pues además de que ello es un insuficiente para desprender la categoría que se pretende, ya que, de conformidad con los testigos comparecientes también acudía a dichos comités Nasly Ramírez Ospina, quien era Jefe de Sección; y que de conformidad con las certificaciones de folios 1007 y 1021 se logra entrever que los jefes de departamento tenían remuneraciones distintas, lo que permite enfatizar que el pago de su remuneración dependía de sus funciones, experiencia, antigüedad, conocimiento, etc, al no lograrse demostrar un trato discriminatorio.

Despido sin justa causa

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 24 de julio de 2013, Rads. 36572, y 34260, así como en la SL1680-2019, ha establecido que le corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador acreditar la justa causa de este.

En el caso objeto de estudio, se encuentra que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación obrante a folios 126 a 134, en donde se puso de presente que finalizaba el contrato de trabajo por cuanto entre mayo y septiembre de 2014, el accionante giró la suma de $1.047'179.356 en subsidios de afiliados, sin que éstos cumplieran los requisitos para su reconocimiento, algunos por falta de antigüedad y otros por falta de capacitación; situación que devino en un incumplimiento grave de las obligaciones y deberes a su cargo, y en específico la atinente a dar aviso oportuno a la organización sobre cualquier situación que pudiera causar algún perjuicio a la misma, y actuar de forma prudente y precavida dada la especial responsabilidad de la caja en la administración de los dineros del FOSFEC de naturaleza pública.

Al punto, se destaca que, en relación con el debido proceso para llevar a cabo un despido, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, tal derecho según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del

principio de legalidad, por ello, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir. Igualmente, se aclara que, en sentencia C-593 de 2014 las etapas que se establecen son las de un procedimiento disciplinario, empero como se dijo, el despido no es una sanción disciplinaria.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que al momento de llevarse a cabo un despido el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, como quiera que, el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, garantías que según la sentencia SL2351-2020 se pueden resumir así:

a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos; lo que es un desarrollo del artículo 66 del CST.
b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe adoptar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
e) En cuanto a la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que se precisó que, no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador, pues ésta se cumple cuando el trabajador de cualquier forma tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo.

Aclarado lo anterior, encontramos que, el primer requisito se encuentra acreditado, pues como se señaló se conocen las razones y motivos del despido. En cuanto al segundo requisito, la sentencia de primera instancia gira entorno principalmente a ésta, por lo que se procede a su verificación.

Bien, como se establece en la carta de terminación el reconocimiento de subsidios del accionante hace alusión a los periodos de mayo a septiembre de 2014, y el despido se llevó a cabo hasta septiembre de 2015, lo que en un primer vistazo podía parecer la falta de cumplimiento del requisito de la inmediatez. No obstante, como se dijo previamente dicha situación debe ser analizadas desde que se tiene conocimiento del hecho, aunado a que la jurisprudencia tiene resuelto que el despido no deja de ser oportuno cuando la empresa se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos a constituir la justa causa (sentencias del 30 de julio de 1993, radicado 5889; 16 de julio de 2007, radicación 28682; SL8463-2015; y SL1433-2020).

Así las cosas, y conforme a lo precedente narrado, encontramos que fue hasta el 01 de enero de 2015 que el empleador tuvo un contacto inicial con la situación que llevó al despido del accionante, pues en los hallazgos de la auditoría interna obrante a folios 486 a 500, se estableció que se efectuaron pagos de subsidio sin que la correspondiente capacitación en los términos de la Ley 1636 de 2013. Posterior a ello, se tiene constancia que el 20 de enero de 2015 se examinó por el Comité de Auditoría los riesgos asociados al pago de subsidios y beneficios económicos con cargo a los recursos del FOSFEC, y se pidió un plan de acción, llevando a cabo la revisión de los pagos efectuados, proceso en el que el 01 de julio de 2015 se requirió a la Subdirección de Educación un informe al respecto (fls. 90 y 91); con ello, el 08 de julio de 2015 se le solicitó al accionante la información de rigor (fl.92), lo que efectuó el 16 y 21 del mismo mes y año (fls. 93 a 95).

A la par, en julio de 2015 se presentó por parte de auditoria interna, en donde se pone de presente que se les había requerido para efectuar una verificación de los desembolsos provenientes del FOSFEC correspondiente al período del 16 de enero de 2015, ratificándose la irregularidad en relación con el otorgamiento de subsidios sin el cumplimiento de los requisitos para tal efecto (fls. 167 a 170).

Ahora, fue con ocasión al escenario narrado, que el 24 de agosto de 2015 se dio apertura al proceso de terminación del vínculo del actor, rindiéndose por parte de éste descargos el 01 de septiembre de 2015, y siendo despedido el 11 de igual mes y año (fls. 96 a 126).

Por tanto, contrario a lo expuesto por la *A quo*, la Sala considera que, sí hubo inmediatez, pues ciertamente el tiempo que se tomó la entidad fue razonable para constatar la responsabilidad de su trabajador, pues una vez tuvo conocimiento de los hechos ordenó la verificación de los hechos narrados en la auditoria interna de enero de 2015, teniéndose respuesta hasta julio del mismo año, a la par que requirió a la Subdirección de la que dependía el accionante para que presentara su informe, y así tomar su decisión con mayor certeza, garantía que en últimas, protegió el derecho fundamental del trabajador a un debido proceso.

De esta manera, se procede a verificar el tercer requisito, esto es, que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.

Al respecto, encontramos que, el accionante en diligencia de descargos buscó eludir los cargos que se le estaban imponiendo, manifestando que no contaba con las herramientas necesarias para llevar a cabo la capacitación de quienes fueren beneficiarios de los subsidios, que no se tenían las condiciones claras para llevar a cabo tal acción (especialmente tiempo), que no contaba con sólo hasta diciembre de 2014 se dieron los lineamientos para llevar a cabo las capacitaciones, más en ningún momento negó que los mismos se autorizaron en las condiciones narradas, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos de capacitación y experiencia. Además, informó que el Subdirector de Educación, Nepomuceno Torres, autorizó la ejecución para llevar a cabo los reconocimientos en mención con ocasión a la expedición de la Circular 016 del Ministerio de Trabajo, y que solicitó en diversas oportunidades la contratación de un equipo de coordinación para llevar a cabo las metas de FOSFEC; escenario que también se avizora en el interrogatorio de parte rendido por el actor.

En este punto, menester resulta resaltar que el motivo principal de la terminación del vinculo laboral fue que el accionante no cumplió su obligación de dar aviso oportuno a la accionada sobre cualquier situación que pudiera causar algún perjuicio a la misma, y actuar de forma prudente y precavida dada la especial responsabilidad de la caja en la administración de los dineros del FOSFEC de naturaleza pública, omisión que ciertamente podría generar un detrimento en el patrimonio de la accionada al quedar expuesta a sanciones por la indebida destinación de recursos que son de carácter públicos.

En este sentido, es relevante tener en cuenta que el actor en su diligencia de descargos es claro en manifestar que la falta de claridad de la legislación en relación con el mecanismo de protección al cesante, no lo habilitaba para ejecutar recursos, señalando entonces que lo hizo por autorización del Subdirector de Educación, Nepomuceno Torres, con base en la Circular 016 del Ministerio del Trabajo.

No obstante, no obra en el expediente prueba de que el accionante hubiera realizado tal manifestación a su jefe inmediato, por el contrario, lo que se observa es que la Circular 016 del 20 de febrero de 2014 en ningún momento permite que se efectúen pagos de subsidios sin los debidos requisitos, en contraste, señala que el mecanismo de protección al cesante debía comenzar a funcionar inmediatamente, pues constituía *"un derecho de quienes acrediten las condiciones de acceso antes las cajas de compensación familia"* (fl.477), lo que claramente deja entrever que para el reconocimiento de los correspondientes subsidios era necesario acreditar las condiciones para su acceso.

Aunado a ello, al accionante, inclusive el señor Nepomuceno Torres, en su calidad de jefe inmediato del accionante le había hecho un llamado de atención el 24 de septiembre de 2014, a fin de que propiciaría una comunicación fluida y de doble vía que permitiera hacer un adecuado seguimiento, prestar los apoyos, y tomar las decisiones orientas a prevenir la repetición de hechos de similar la naturaleza.

Así mismo, no observa la Sala que, dentro de las solicitudes como la del 15 de agosto de 2014 de folio 67, que hace alusión a la cantidad de funcionarios que se requerían para cumplir con sus actividades, en ellos obre algún tipo de habilitación para reconocer subsidios sin el cumplimiento de los requisitos legales. Igualmente, es de aclarar que la "respuesta Mintrabajo Ejecución FOSFEC" de folios 84 a 89 no se encuentra suscrita, por demás que tampoco tiene ningún tipo de habilitación para el pago de subsidios.

Por lo anterior, se considera acertada la decisión de haberse dado por terminado el contrato del accionante al encontrarse demostrada la justa causa alegada. Según ello, se REVOCARÁ la sentencia y en su lugar, se DECLARARÁ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, y en consecuencia se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR el numeral 2º de la sentencia apelada. En su lugar, se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, y en consecuencia se ABSUELVE a la Caja de Compensación Familiar Cafam de la pretensión relativa a despido injusto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás, la providencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J CORREA STEER**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $600.000 a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se deciden el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de Colpensiones, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ANA SILVIA ACOSTA DE MILQUEZ promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 24 de julio de 2004. Igualmente, solicita retroactivo, intereses moratorios, e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la existencia de una convivencia entre la actora y el señor Pedro Pablo Milquez Buitrago desde el 15 de junio de 1969 hasta la fecha de fallecimiento de este último, 24 de julio de 2004, así como en su condición de beneficiaria del principio de la condición más beneficiosa y contar con 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al fallecimiento.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que no se logró demostrar la convivencia entre la actora y el causante dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento; y que no se cumplen con los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2012, dado que, el causante no logró acumular 50 semanas durante los últimos tres años anteriores al deceso.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - CONDENAR a Colpensiones a reconocer a la actora la pensión de sobrevivientes por la muerte de Pedro Pablo Milquez Buitrago, a partir del 24 de julio de 2004, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual vigente, esto es $358.000 mensuales, en 14 mensualidades al año, junto con los reajustes legales anuales correspondientes.

SEGUNDO. - DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 05 de septiembre de 2015.

TERCERO. – ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones

En síntesis, refirió que, al fallecer el causante el 24 de julio de 2004, el régimen aplicable es el de la Ley 797 de 2003, no obstante, no se acreditan 50 semanas cotizadas durante los últimos tres años.

Adujo que, el causante era beneficiario del régimen de transición al contar con más de 40 años al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, y tener dentro de los 20 años anteriores a su deceso, más de 500 semanas, por lo que, era posible reconocer la prestación de sobrevivientes, al haberse dejado causada la de vejez.

Indicó que, de conformidad con los testigos, se logró demostrar que la actora y el causante convivieron alrededor de 25 años, hasta el fallecimiento de este último.

Agregó, que operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales anteriores al 05 de septiembre de 2015, esto es, las causadas dentro de los tres años anteriores a la reclamación administrativa que data del mismo día y mes de 2018.

Finalmente expresó que, no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que su decisión se fundamenta en el principio de la condición más beneficiosa, lo que es un criterio jurisprudencial; y que, por ello, se debe reconocer la pensión de forma indexada.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, no se debe condenar en costas teniendo en cuenta los mismos argumentos que se tomó para absolver por intereses moratorios, por demás que no coincide la reclamación con lo aquí pretendido.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de junio de 2020, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo

66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿La accionante es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Pedro Milques Buitrago, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa al dejar causada en vida su pensión de vejez?, y ¿se encuentran acreditados los requisitos de ley para reconocer la pensión de sobrevivientes?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Condición más beneficiosa.

En el proceso no existe discusión, respecto a que el señor Pedro Pablo Milquez Buitrago falleció el 24 de julio de 2004, por demás que ello se acredita con el registro civil de defunción obrante a folio 25.

Ahora, es menester recordar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige para los afiliados cotizar al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte. Al respecto, tenemos que, evaluada la situación del causante, del 24 de julio de 2001 al 24 de julio de 2004, acumulaba **16,57 semanas**, según historia laboral que milita de folios 76 a 78, según la historia laboral y la Resolución DIR 20671 de 2018 (fls. 111 a 114).

De esta manera, se hace necesario aplicar el principio de la condición más beneficiosa para determinar si se puede acceder a la pensión de sobrevivientes, para lo cual se estudiará el régimen anterior, es decir la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Al punto, es menester advertir que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL4650-2017, SL4893-2020, y SL013-2021, explicó que para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa con fundamento en el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993 cuando el fallecimiento ocurre en vigencia de la Ley 797 de 2003, es necesario que tal ley difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, y exclusivamente para personas con una expectativa legítima.

Al respecto, y dado que el fallecimiento del causante acaeció el 24 de julio de 2004, encontramos acreditado ese primer requisito, de manera que, para determinar si la accionante tenía una expectativa legítima era necesario observar las reglas dadas por la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en la mentada sentencia SL4650-2017, estableciendo para la situación en concreto al observarse que el causante no cotizaba al momento del cambio normativo de Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), ni al momento de su fallecimiento, las siguientes reglas:

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

Sobre el tópico, observa la Sala que entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, el causante no acumulaba 26 semanas, pues entre tales fechas no acumula ninguna semana. Asimismo, no acumulaba 26 semanas dentro del año que antecedió su fallecimiento, pues tan solo tuvo 4,29 semanas.

Finalmente, en sentencias como las del 25 de enero de 2011, 15 de mayo de 2013, y 09 de septiembre de 2015, Rads. 43218, 48964 y 48124, respectivamente, así como en la SL114-2019 y SL5179-2020, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sostuvo que si el asegurado es a su vez beneficiario del régimen de transición instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y afiliado al régimen de prima media, para los efectos previstos en el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es posible acudir a la densidad mínima de semanas fijadas allí para obtener la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990.

Así, es necesario que se acredite que en un primer plano que, el causante era beneficiario del régimen de transición. Sobre tal tópico, encontramos que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 45 años y 9 meses de edad, según se desprende de la cedula de ciudadanía de folio 16.

Ahora, y en relación con las semanas, encontramos que, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece, un mínimo de 1000 semanas de cotización o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, lo que debe entenderse al fallecimiento, según las sentencias expuestas. Al punto, encontramos que según la historia laboral de folios 76 a 78, el causante alcanzó un total de 967,29 semanas, de las cuales 550,15 fueron cotizadas en los 20 años anteriores a su fallecimiento.

Por ende, el causante dejo causada su prestación, y por ende, se verificará si se acreditó el requisito de la convivencia y/o si la conformación del núcleo familiar entre el causante y la actora lo fue con vocación de permanencia.

Pensión de sobrevivientes. Convivencia y/o conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia.

Al punto, es necesario poner de presente que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 02 de agosto de 2010 y 29 de noviembre de 2011, rads. 37908, y 44020, respectivamente, así como en las sentencias SL16899-2014 y SL11647-2014, ha señalado que cuando *"por excepción el operador judicial acuda al principio de la condición más beneficiosa y otorgue la prestación con base en los requisitos de cotización previstos en el régimen anterior, esto se traduzca automáticamente en que para determinar la condición de beneficiario se acuda a dicho régimen, pues por ser excepcionalísima esa aplicación ultraactiva de la norma, las demás condiciones y requisitos de la prestación por regla general deberán ser determinados bajo la legislación vigente a la muerte.".*

Por tanto, los de más requisitos deben acreditarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que tiene como requisito que para que haya lugar a una pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, para la cónyuge o la compañera permanente, tener 30 o más años, acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

Al respecto, es necesario precisar que en sentencia SL1730-2020, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, rectificó su jurisprudencia, el sentido de establecer cuál era el verdadero significado del mentado artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señalando que, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados, de manera que para los afiliados, *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

Así las cosas, y dado que el causante falleció en su calidad de afiliado, se procede a verificar si entre este y la actora se conformó un núcleo familiar con vocación de permanencia y que si se encontraba vigente al momento del deceso.

Sobre el tópico, observamos que el 02 de septiembre de 1979 contrajeron nupcias la accionante y el causante (fl.22). Asimismo, obra declaración extrajuicio de Myriam Ruíz de Rincón, Dulgemiro Garay Garay, y Otilia Pinto Martínez, en la que se puso de presente que el causante y la actora compartieron techo, lecho y mesa ininterrumpidamente desde su matrimonio en 1979 hasta la fecha del deceso, que de tal núcleo familiar se encuentran con vida siete hijos, y que la accionante siempre se dedicó al hogar.

Del mismo modo, compareció a juicio en calidad de testigos Martha Magdalena Méndez de Sarmiento y Otilia Pinto Martínez, quienes fueron contestes en manifestar que el causante y la accionante convivieron por lo menos 34 años, que vivían en Funza- Cundinamarca, y que el fallecido no tuvo otra pareja.

De esta manera, es dable considerar que está acreditado que la pareja conformó un núcleo familiar con vocación de permanencia, pues además de que no se solicitó ratificación de declaraciones extrajuicio con la contestación de la demanda (fls. 121 a 128), por lo que, cuentan con pleno valor probatorio según los artículos 188 y 222 del C.G.P, los testimonios también dan cuenta que el causante y la actora tuvieron una convivencia ininterrumpida por más de 30 años. Por tanto, en se confirmará el reconocimiento prestacional efectuado por la *A quo*.

Fecha reconocimiento, prescripción, valor de la mesada y mesada adicional

Teniendo en cuenta que el fallecimiento del señor Pedro Pablo Milquez Buitrago acaeció el 24 de julio de 2004, se considera que la fecha de reconocimiento de la prestación debe ser a partir de tal data, no obstante, y como quiera que pudo operar el fenómeno de la prescripción se procederá a su estudio.

Al punto, obra expediente administrativo en el medio óptico de folio 141, donde se da cuenta que obra una primera solicitud de pensión de sobrevivientes del 12 de mayo de 2008, siendo negada mediante Resolución 031375 de 2008, frente a la que se interpuso recurso de reposición y de subsidio de apelación, siendo la última la Resolución 0008 de 2010, notificada el 04 de marzo de tal anualidad; con ella se logró interrumpir el fenómeno extintivo de las mesadas causadas hasta el 12 de mayo de 2008, empero como no se demandó dentro de los tres años de que tratan los artículos 151 del C.P.T y de la S.S y 488 y 489 del C.S.T, operó sobre ellas la prescripción en su totalidad.

Por otra parte, en el plenario obra una segunda reclamación del 05 de septiembre de 2018 (fls. 26 a 28), con la que se logró interrumpir las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2015, encontrándose para esta solicitud que, se demandó el 28 de febrero de 2019 (fl.56), por manera que no se permitió su extinción, y, por ende, no es dable tener que operó el fenómeno de la prescripción.

Frente a la contabilización de los términos de la prescripción la Sala se acogió a la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia del

13 de noviembre de 2013, Rad. 41281, donde se explicó la forma de determinar la prescripción cuando hay varias reclamaciones, y se determinó:

"la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

En cuanto al valor de la mesada pensional, toda vez que por parte del *A quo* se reconoció el salario mínimo legal mensual, no es dable modificarlo para establecer uno inferior, en virtud del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco para determinar uno superior en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, de modo que se confirmará.

Finalmente, y en lo que respecta a la mesada adicional objeto de condena, es menester advertir que, dado que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, hay lugar a reconocer 14 mesadas, de modo que se confirmará tal condena.

Indexación

La Sala considera que hay lugar a su condena como quiera que las mesadas pensionales objeto de condena se ven afectadas por la depreciación monetaria y/o la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal y como se sostuvo en sentencias SL194-2019 y SL3397-2020, por lo que se confirmará.

Costas

El artículo 365 del C.G.P establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de Colpensiones y, pese a que se aplica un criterio que es eminentemente jurisprudencial en relación con el reconocimiento prestacional, es tal entidad quien debe asumir tal carga.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $600.000 a cargo de la parte demandada.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que ALFONSO MEDINA RODRÍGUEZ promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el último año de servicios incluido la totalidad de los factores salariales. Igualmente, solicita indexación de la primera mesada pensional, el pago de diferencias debidamente indexadas, e intereses moratorios.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en que Colpensiones al momento de reconocer la pensión de jubilación del accionante no devengó la prestación teniendo en cuenta el último año de servicios.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el IBL fue calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y que según el artículo 36 *ejusdem* el IBL no está incluido como los elementos que conservó el régimen anterior, pues éstos únicamente fueron edad, tiempo y monto.

Agregó que, de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005; y las mesadas

Reliquidación pensional. Último año de servicios.

No fue objeto de controversia el estatus de pensionado del demandante, sin embargo, el mismo se corrobora con la documental allegada al proceso y visible a folio 2 a 6 del informativo, contentivo de la Resolución GNR 17705 de 2012, a través de la que Colpensiones reconoce pensión a partir del 01 de junio de 2012, en cuantía de $1'068.323, sobre un ingreso base de liquidación de $1'424.430, con un 75% como porcentaje de liquidación. Valga la pena aclarar que al actor se le reconoció la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siéndole aplicable la Ley 33 de 1985.

Decantado lo anterior, es claro que el demandante cuenta con derecho a que se le apliquen los preceptos consagrados en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, esto es la Ley 33 de 1985, sin embargo, debemos precisar que los beneficios otorgados por el régimen de transición se relacionan única y exclusivamente con el requisito de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto pensional, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión, siendo claro entonces que el ingreso base de liquidación debe ser determinado conforme lo establece el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Por tanto, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes les faltaba menos de diez (10) años para adquirir el derecho, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes les faltaba más de diez (10) años para adquirir el derecho, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas.

El anterior criterio, ha sido expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, donde además advirtió que con tal criterio, no se encuentra que existiera vulneración a principios como el de favorabilidad e inescindibilidad de los regímenes, como quiera que el término monto conforme a la interpretación que realizó no incluye el IBL por expresa regulación de la Ley 100 de 1993. Igualmente, dicho postura también ha sido explicada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, 06 de abril de 2016, Rad. 51152, SL1806-2018, SL3738-2019, y SL3107-2020.

Con base en lo anteriormente expuesto, se concluye que le asiste razón a la entidad que reconoció la pensión de vejez del demandante, en no reliquidar la prestación con fundamento en lo devengado en el último año de servicio cotizado, como quiera que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 de ninguna manera establece que los trabajadores beneficiarios de régimen de transición se les liquidará la pensión con el base en ello.

Reliquidación pensional. Totalidad factores salariales devengados por el actor.

pensionales se deben pagar exclusivamente con los factores salariales efectivamente cotizados.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia han establecido que, al ser el actor beneficiario del régimen de transición, únicamente es dable aplicar el régimen anterior en lo referente a edad, tiempo y monto, siendo este último distinto a lo que se pretende, pues se refiere únicamente a lo que se denomina tasa de reemplazo.

Explicó que, los factores salariales al estar frente a una pensión de Ley 33 de 1985 son los del Decreto 1158 de 1994, y no con la totalidad de los factores salariales devengados por el accionante como lo pretende en su demanda.

Finalmente indicó que, no hay lugar a indexación de la primera mesada pensional, ya que, para liquidar la prestación, Colpensiones se remitió a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, lo que trae implícito el mecanismo de la indexación.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, no siendo utilizada tal oportunidad por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible reliquidar la pensión del accionante teniendo en cuenta para ello lo devengado durante el último año de servicios prestados y/o todos los factores salariales devengados por él?, y ¿es dable indexar la primera mesada pensional del actor?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Al respecto, observa la Sala que en la demanda se pretendió el pago de todos los factores salariales a efectos de liquidar la pensión, para lo que se hace necesario recordar que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 2011, Rad. 37929 reiterada el 27 de agosto de 2014, Rad. 46844, así como en la SL5128-2020,señaló que la base para calcular las cotizaciones de los servidores públicos es la que señale el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, a menos de que se trate de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, no obstante, tal situación no es el caso pues el demandante alcanzó a laborar en el sector público hasta el 30 de mayo de 2002 en el Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá conforme certificación que obra a folio 32.

Igualmente, en tales sentencias se explicó que si bien el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualizaba cuáles eran los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión era dable acudir al artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, norma que señala de manera puntual cuales son los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar una pensión, por lo que en ese orden de idas le asiste razón a la Jueza de Primera Instancia, y no es dable acudir a la totalidad de factores salariales, como erradamente lo entiende el actor en su documento introductor.

Indexación Primera Mesada Pensional

Al punto, encontramos que en la Resolución 11705 de 2012 se hace alusión a que la pensión del accionante se liquidará de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma que establece, entre otras cosas, que:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (Negrillas por la Sala).

De conformidad con lo anterior, le asiste razón a la *A quo*, en señalar que la norma en cita ya tiene incluido dentro de su forma liquidación, la indexación, al establecer que las pensiones serán actualizadas anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación que expida el DANE. Aunado a ello, y verificado el medio óptico de folio 181, encontramos la liquidación efectuada por el ISS, donde se observa claramente que cada uno de los aportes utilizados fueron objeto de indexación.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de mayo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ELIZABETH CERQUERA promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales, e intereses moratorios.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el cumplimiento de la demandante de los requisitos para acceder a una pensión de vejez, así como en la falta de contabilización de todo el tiempo laborado con Manofacturas Lucero.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que la accionante acumula un total de 1175,43 semanas, que son insuficientes para acceder a una pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993.

Señaló que, la demandante perdió los beneficios del régimen de transición.

Finalmente indicó que, en caso de condenarse no habría lugar a intereses moratorios, como quiera que, los tiempos que se piden se tengan en cuenta en la demanda, han sido objeto de pedimento y cobro, y únicamente se ha logrado la consolidación de un total de 1175,43 semanas.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR que la actora cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO. - CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez de conformidad a la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente en que se efectué el retiro del sistema, la que deberá calcularse tomando como IBL el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al que se debe aplicar la tasa de reemplazo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por trece mesadas adicionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes.

TERCERO. – ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.

En síntesis, refirió que, conforme a historia laboral allegada se encuentra únicamente demostradas 1214 semanas, empero, en este reporte se puede verificar que no se contabilizaron periodos en mora, por lo que, con ellos la accionante logra acreditar más de 1300 semanas; y que lo anterior por cuanto según la Corte Suprema de Justicia la mora no puede afectar la expectativa pensional de un trabajador, es deber de la entidad realizar la correspondiente acción de cobro.

Adujo que, no se evidencia que se hubiere solicitado el retiro del sistema por parte de la trabajadora, por lo que el pago de la prestación se deberá reconocer cuando se acredite la desafiliación.

Finalmente indicó que, al estarse frente a una pensión conforme a la Ley 100 de 1993 se debe liquidar conforme al artículo 21 de tal normatividad, y en 13 mesadas al causarse con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

4. Argumentos de las Recurrentes

Parte actora

Expuso que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, en caso de no presentarse desafiliación es posible inferirla y establecer como fecha de reconocimiento la de la reclamación, lo que sucedió en diciembre de 2019, teniendo para tal momento los requisitos de edad y tiempo cumplidos, viéndose obligada a seguir cotizando por la falta de reconocimiento de la prestación; y que, por lo anterior, también se deben reconocer intereses moratorios.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por Colpensiones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable contabilizar los tiempos que presuntamente laboró la accionante con Manufacturas Lucero para ser beneficiaria de una de vejez?, y ¿desde qué momento se debe reconocer la prestación?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de vejez. Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 exige para que haya lugar al reconocimiento de una pensión de vejez, siendo la accionante mujer, 57 años y un mínimo de 1300 semanas desde 2015.

En el caso, encontramos que la demandante según cedula de ciudadanía e historia laboral obrante a folios 15 y 97 a 103, cumplió la edad de 57 años el 29 de diciembre de 2013, empero tan solo acumuló 1214 semanas.

Ahora bien, el *A quo* informó que en el reporte de semanas existían tiempos en "0" a lo que la Sala se remite para verificar la observación que aparece en el detalle de pagos efectuados en 0tales periodos. En efecto, en los meses de marzo de 2005 a enero de 2006, octubre y noviembre de 2006, enero a abril de 2008, se avizora la observación "pago aplicado al periodo declarado", sin embargo, no fue tenido en cuenta por cuanto su fecha de pago era del 05 de octubre de 2011.

Al punto, es necesario traer a colación que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL9856-2014, SL17300-2014 y SL14388-2015, diferenció los efectos de la mora en el pago de los aportes, de los de falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. Consideró que la validez de las semanas cotizadas en mora no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro; no siendo así con la falta de afiliación al sistema de pensiones, donde la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre el empleador.

Ahora, y con el fin de dar una solución pacífica y conteste con los principios del sistema de seguridad social, como las prestaciones pensionales a cargo del afiliado y la financiación del sistema, señaló la H. Corte que las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, debe tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

De esta manera, es claro que si bien el tratamiento dado al empleador en el caso de la mora, y de la falta de afiliación es similar, y tiene como consecuencia que la entidad de seguridad social haga el cobro al empleador, ya sea de aportes en mora o de un cálculo actuarial, respectivamente, también lo es que al existir afiliación por parte de un empleador se conoce claramente a quien es dable endilgarle la mora y a quien efectuarle el cobro, mientras que en caso de la falta de afiliación se desconoce el empleador, empresa, entidad, o ente que no ejecutó tal acto, por manera que únicamente cuando se tenga certeza que un trabajador tiene un determinado empleador, corre a cargo de éste efectuar el correspondiente pago de un cálculo actuarial para que no se vea afectada la financiación de la pensión, y de paso el sistema de seguridad social.

Así, y en términos de la sentencia SL5089-20220, lo que resulta preciso es demostrar la existencia de un empleador omiso en la afiliación para obligarlo a trasladar a la correspondiente administradora el valor de un cálculo actuarial, correspondiente a los periodos omitidos.

Al respecto, encontramos que el empleador que efectuó los pagos de los meses de marzo de 2005 a enero de 2006, octubre y noviembre de 2006, enero a abril de 2008, es Manufacturas Lucero S.A, con quien trabajó la accionante desde el 23 de febrero de 2005 según certificación obrante a folio 37 a través de contrato a término

fijo inferior a un año. Igualmente, obra en el expediente que se dio por finalizada dicha vinculación con efectos a partir del 19 de enero de 2009 según certificación y liquidación obrantes a folios 38 y 39.

De esta manera, el requisito en mención se encuentra acreditado, por demás que, la accionante fue afiliada por tal empleador para el periodo de febrero de 2006, por lo que, a partir de tal data, los periodos que se adeudaran son considerados mora, conforme a la diferenciación realizada. Con lo expuesto, la accionante alcanza un total de 1286,86.

Por otra parte, encontramos que, en la historia laboral en el periodo de mayo de 1999, mayo de 2006, se reportaron por parte del empleador 30 días, empero únicamente se tuvieron 18 y 27, por haberse pagado de forma tardía, circunstancia que se ajusta a la mora antes referida, por lo que se tendrá en cuenta, teniéndose en total 1289 semanas.

Ahora bien, la accionante señala en su líbelo introductor que no fueron pagados oportunamente además de los periodos referidos, los de mayo a diciembre de 2008 por parte de su empleador Manufacturas Lucero S.A (fl.5); periodos que a juicio de la Sala también es dable tener en cuenta en virtud de que se allegó certificación laboral del 24 de noviembre de 2008, carta de terminación del 19 de enero de 2009, y liquidación del contrato de trabajo del 28 de diciembre de 2009 (fls. 37 a 39), en donde se da cuenta que la trabajadora estuvo vinculada desde febrero de 2005, por manera que, contabilizando tales tiempos tenemos un total de **1323,28 semanas**, tiempo suficiente para acceder al reconocimiento prestacional. Por tanto, la decisión del Juez de Primera Instancia en este sentido se confirmará.

Fecha de reconocimiento.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez, se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo. De esta manera, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el ISS, su disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias CSJ SL 6159-2016, CSJ SL 5515-2016).

Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, reiterada el 27 de noviembre de 2017, Rad. 56618, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y esto es, cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, la que puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias

de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

De conformidad con lo anterior y descendiendo al caso, tenemos que si bien para la fecha de la última cotización, la demandante ya acreditaba el requisito de la edad y las semanas, como quedó visto, sigue cotizando, por lo que, no es posible establecer que su intención sea la de cesar su vinculación al sistema general de seguridad social en pensiones.

Al punto, no se desconoce que Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 01 de septiembre de 2009, 22 de febrero de 2011 y 05 de junio de 2012, Rads. 34514, 39391 y 42289, respectivamente, ha dicho que que se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues la desafiliación debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además de no ser posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones.

Sin embargo, en el *sub lite* no se avizora que Colpensiones hubiera inducido en error a la afiliada para que siguiera cotizando, nótese en su historia laboral como sus cotizaciones no se vieron interrumpidas desde el cumplimiento del requisito de la edad (2013), ya que, desde febrero de 2009 sus relaciones laborales se desarrollaron sin solución de continuidad (fls. 97 a 103). Aunado a lo anterior, la trabajadora sigue laborando en calidad de dependiente.

Por tanto, se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, por lo que se confirmará; por sustracción de materia, no es dable estudiar intereses moratorios, dado que al no haberse causado la primera mesada pensional no es dable predicar su mora.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que FEDERICO CASTAÑEDA GARCÍA promoviese contra LAZOS EMPRESARIALES SAS, SOMOS SUMINISTROS TEMPORAL S.A, y SER AMBIENTAL S.A ESP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende que las demandadas, firmen con el accionante un contrato a término fijo o a término indefinido con él, al no resultar viable el de obra o labor por la clase de trabajo que desarrolla, y que sea reintegrado. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, e indexación.

Subsidiariamente, peticiona el pago de una indemnización por despido sin justa causa.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los diferentes contratos que ha suscrito con las demandadas, con la que ha llevado a cabo la misma labor de Operario de Barrido; y el despido que acaeció sobre el actor el 04 de febrero de 2015, pese a que ha sufrido diversos accidentes laborales que comprometieron su mano derecha y rodilla izquierda, y como quiera que, desde el 13 de agosto de 2013 ha presentado diferentes dolencias, tales como, lumbago no especificado, y manchas hipopigmentarias.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Somos Suministro Temporal SAS se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que el contrato que tuvo con el demandante se ejecutó del 23 de diciembre de 2013 al 04 de febrero de 2015, quien desempeño el cargo de Operario de Barrido en la empresa usuaria, Ser Ambiental ESP.

Señaló que, el accionante mientras perduró el contrato de trabajo presentó algunas incapacidades que, con consecuencia de un accidente de trabajo, de las cuales la última fue de tres días, empero que la ARL decidió no se generaba siniestro, en virtud a la levedad del suceso.

Adujo que, el accionante no ha sido calificado con un grado de discapacidad moderado, severo o profundo.

Dijo que, el diagnóstico de manchas hipopigmentarias del actor se presentó el 01 de marzo de 2015, esto es, luego de terminada la relación laboral.

Finalmente indicó que, la empresa usuaria indicó que no requería más los servicios del actor, motivo por el cual la relación laboral finalizó.

Lazos Empresariales SAS también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que el actor prestó servicios a su favor del 01 de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2011, 01 de diciembre de 2011 al 07 de octubre de 2012, y del 18 de octubre de 2012 al 17 de noviembre de 2013.

Adujo que, para el 17 de noviembre de 2013 el accionante no tenía ningún tipo de incapacidad médica.

Expresó que, el actor sólo tuvo una afección en su salud causada por una enfermedad general del 04 al 08 de septiembre de 2013.

Señaló que, el accionante no ha sido calificado con un grado de discapacidad moderado, severo o profundo.

Concluyó indicando que, los contratos del actor finalizaron por expiración de la obra o labor.

Finalmente, **Ser Ambiental S.A ESP** de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que no suscribió con el actor contrato de trabajo.

Finiquitó aduciendo que, suscribió con Lazos Empresariales SAS y con Somos Suministro Temporales S.A, contratos de naturaleza de naturaleza civil para el envío de trabajadores en misión, por el incremento en la prestación del servicio de aseo y recolección de residuos.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR que entre Ser Ambiental S.A ESP y el actor se verificaron dos contratos de trabajo como verdadero empleador, desde el 01 de diciembre de 2010 al 17 de noviembre de 2013, y del 23 de diciembre de 2013 al 04 de febrero de 2015, desempeñando el cargo de operario de barrido.

SEGUNDO. - CONDENAR a Ser Ambiental S.A ESP y solidariamente a Lazos Empresariales SAS y Somos Suministro Temporal S.A a reconocer y pagar a favor del actor la suma de $2'170.170 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexado al momento de su pago.

TERCERO. - ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

En síntesis, refirió que, se desbordó las relaciones laborales que existieron entre las empresas temporales y la usuaria, al vislumbrarse que la actividad del accionante fue permanente, pues se excedieron los términos de seis meses prorrogables por seis meses más, escenario que se reiteró en dos períodos, de modo que, se tuvo como verdadero empleador del demandante a Ser Ambiental S.A ESP.

Dijo que, para que exista protección por estabilidad laboral reforzada, es necesario, tener una pérdida de capacidad laboral mínima del 15%, sin que se pueda establecer la misma de la prueba documental, así como del interrogatorio de parte, por demás que no contaba con incapacidad al momento de finiquitar la relación laboral.

Expresó que, hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, ya que, el contrato de trabajo del actor finiquitó por la terminación de su obra o labor,

empero, éste no se extinguió en relación con quien funge como su verdadero empleador, Ser Ambiental S.A ESP.

Concluyó indicando que, las empresas temporales deben responder en solidaridad al resultar intermediarias; y que no opera la excepción de prescripción al demandarse el 16 de noviembre de 2016 y finalizar la primera relación laboral el 17 de noviembre de 2013.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, se existió una valoración errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que, según la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la incapacidad no está supeditada a un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pues el solo hecho de que la incapacidad de una persona no le permita el funcionamiento de sus funciones propias, general el fuero de estabilidad laboral reforzada.

Dijo que, se hizo una referencia somera a la historia clínica sin constatarse que las incapacidades del accionante fueron recurrentes, por demás que reposan restricciones y recomendaciones médicas, de las cuales también hizo alusión el actor en interrogatorio de parte.

Señaló que, si bien se dio por probado un contrato realidad durante siete años, no se tuvo en cuenta que cuando empezó a presentar el accionante problema de salud, no se le siguió contratando, por demás que no era necesario que al momento del despido estuviera incapacitado, ya que lo trascendental era observar el deterioro en la salud del demandante al no poder observar las funciones propias de su cargo.

Enunció que, está probado que la causa por la que se despidió al accionante fue por la imposibilidad del actor de seguir ejerciendo sus labores, aunado a que, él en la actualidad, se encuentra en tratamiento por tales patologías.

Concluyó expresando que, si bien se declara un contrato realidad, no se puede fraccionar, porque fue a término indefinido, se fueron firmando diferentes lapsos de tiempo cortos, por lo que, no se pueden dividir y la liquidación de la indemnización se debe realizar conforme al tiempo completo laborado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de mayo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible establecer que el accionante laboró bajo una única relación laboral?, y ¿El actor es sujeto de estabilidad laboral reforzada con ocasión a su presunta situación de discapacidad?

Tesis

Modifica la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Empresas Temporales y Única Relación Laboral

Conforme certificaciones, liquidación definitiva de prestaciones sociales, comprobantes de pago, contratos de obra o labor, y manifestaciones realizadas en las contestaciones de las demandadas, visibles a folios 3 a 7, 51 a 91, 178, 179, 210 a 240, 274, 296 a 301, 343, 346, 397 a 469, encontramos que el actor fue vinculado en diversas ocasiones, para prestar sus servicios de Operario de Barrido, así:

- Con Servicios Temporales Dinámicos S.A:
  a. A partir del 12 de julio de 2008
  b. Del 30 de marzo de 2009 al 31 de julio de 2009
  c. Del 1º al 30 Noviembre de 2009[1]
- Con Servicios y Empleos Ltda:
  a. Del 01 de diciembre de 2009 al 30 de noviembre de 2010.

[1] En el expediente y a folio 90 parte superior, se extracta sólo el comprobante de pago de este mes, sin que pueda avizorarse aquellos valores correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2009. Y la sociedad Servicios Temporales Dinámicos no fue convocada al proceso.

- Con Lazos Empresariales SAS:
  a. Del 01 de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2011
  b. Del 01 de diciembre de 2011 al 07 de octubre de 2012
  c. Del 18 de octubre de 2012 al 17 de noviembre de 2013
- Con Somos Suministro Temporal S.A
  a. Del 23 de diciembre de 2013 al 04 de febrero de 2015.

Dicho lo anterior, se hace necesario recordar que en virtud de lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 y lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, Rad.9435, reiterada el 29 de octubre de 2014, Rad.58172, las empresas de servicios temporales pueden contratar con terceros para "colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades" (artículo 71); y pueden limitar el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones:

1. La tradicional del artículo 6 del CST, vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;

2. Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;

3. Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

En adición, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencia con radicado 9435, reiterada el 17 de octubre de 2008, Rad. 28470 y SL3520-2018, estableció que si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas o encuentra demostrado que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso superando la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la usuaria era utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley, resultando intermediaria la empresa de servicios temporales.

Igualmente, es menester aclarar que en sentencia con Rad. 58172, se hizo hincapié en cuanto a que en este tipo de casos donde la empresa temporal envía personal en misión se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En adición, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 9435, reiterada el 17 de octubre de 2008, Rad. 28470, estableció que si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas o encuentra demostrado que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso superando la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la usuaria era utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

En igual sentido, es menester recordar que la jurisprudencia de dicha Corporación tiene enseñado que, en casos de la firma de varios contratos de trabajo sucesivos entre las mismas partes, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas para establecer la unidad de la relación laboral, ya que las empresas han adoptado prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, ya sea para favorecerse en la liquidación de cesantías o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sentencia del 15 de marzo de 2011, Rad. 37435, reiterada en las sentencias SL806-2013 y SL814-2018; resaltándose que en la sentencia SL806-2013, acto de renuncia y de aceptación, que se consideraron aparentes por no existir solución de continuidad y desarrollarse el mismo cargo.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de presentarse interregnos cortos entre un contrato y otro, se considera la existencia de una sola relación laboral, sentencias del 15 de febrero, 24 de mayo de 2011, y 20 de febrero de 2013, Rads. 40273, 37803, y 42546, respectivamente.

Descendiendo al caso de estudio, se observa que frente al primer contrato, esto es, el celebrado con Servicios Temporales Dinámicos S.A, se conoce que, inició a partir del 12 de julio de 2008 y según comprobantes de pago de folios 89 a 91, que laboró en el periodo de marzo a julio de 2009, así como en noviembre de la misma anualidad, probanzas que no resultan suficientes para establecer la continuidad de la relación laboral, pues entre julio de 2008 y marzo de 2009 hay una diferencia de 7 meses, y entre julio y noviembre de 2009, de 3 meses.

Por otra parte, tenemos que el segundo vinculo, con Servicios y Empleos S.A inició el 01 de diciembre de 2009, relación que se extendió hasta el 30 de noviembre de 2010, extremos con los que no se exceden los términos del artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

En cuanto a la tercera contratación, tenemos que se celebró con Lazos Empresariales SAS, los cuales fueron del 01 de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2011, del 01 de diciembre de 2011 al 07 de octubre de 2012, y del 18 de octubre de 2012 al 17 de noviembre de 2013, presentando interregnos cortos entre uno y otro, por lo que, resulta posible considerar que fueron aparentes, por demás, que al ser continua al vínculo laboral que se sostuvo con Servicios y Empleos S.A, es dable predicar un único contrato de trabajo, desde el 01 de diciembre de 2010 hasta el 17 de noviembre de 2013.

Finalmente, y en relación a la cuarta contratación, se evidencia que fue con Somos Suministro Temporal S.A, y que se desarrolló del 23 de diciembre de 2013 al 04 de febrero de 2015, no obstante, en esta contratación se encuentra que el periodo de tiempo entre el extremo final de la relación con Lazos Empresariales SAS y el extremo inicial con Somos Suministro Temporal S.A, es de más de un mes, por manera que, en tales condiciones, se considera que tal interrupción no permite concluir que se estuviera frente a un único contrato. Por ende, se considera que le asiste razón al A quo en cuanto a que existieron dos relacionales con Ser Ambiental S.A ESP, empero, que estas lo fueron del 01 de noviembre de 2009 al 17 de noviembre de 2013, y desde el 23 de diciembre de 2013 hasta el 04 de febrero de 2015.

Así las cosas, se considera acertados los extremos temporales tenidos en cuenta por el *A quo*, por lo que se confirmarán.

Estabilidad Laboral Reforzada. Ley 361 de 1997

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de Seguridad Social cubre, pues su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, y que se deben reunir tres requisitos para la aplicación de tal norma: a) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; b) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, c) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL15038-2016).

Posteriormente, dicha corporación a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina expuesta, para señalar que *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz.

De igual manera, a partir del 10 de junio de 2011, se avino una nueva realidad normativa con la entrada en vigor de la Convención Sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019); instrumento internacional que abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en la que era asimilada a una enfermedad o imperfección de la persona que era necesario corregir.

Así, se implementó el denominado "modelo social", conforme al cual, la discapacidad no se encuentra en el individuo sino por fuera de él, concretamente, en la sociedad, de ahí que la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De esta manera, señala la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral que, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, quedó sin sustento la doctrina erigida sobre el concepto de persona *limitada* que originalmente traía el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y de contera, la construcción jurisprudencial que al respecto se hizo sobre los grados de limitación contenidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, ya derogado.

Por lo anterior, a la hora de establecerse si un trabajador es beneficiario de la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, nada tiene que ver el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que llegue a tener, porque la Convención, ni la Ley 1618 de 2013, comprenden al ser humano de esa manera.

Así las cosas, si un trabajador padece una deficiencia mental o física que le impide sustancialmente el desempeño de sus funciones, en igualdad de condiciones con los demás, se encuentra en situación de discapacidad, independientemente de que tenga o no un dictamen de pérdida de capacidad laboral en firme, o del porcentaje con el que haya sido calificado. Al respecto, también se pueden

consultar las sentencias SL2841-2020, SL3488-2020, SL3911-2020, SL2586-2020, SL4113-2020, entre otras.

El anterior entendimiento, es acorde con la sentencia SU-049 de 2017 de la H. Corte Constitucional, quien ha expuesto que es dable amparar el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Aclarado lo expuesto, es necesario advertir al accionante le fue finiquitado el vínculo laboral el 04 de febrero de 2015, por lo que, el asunto debe ser estudiado conforme a la nueva realidad aludida.

Así, se procede a verificar si el actor es sujeto de estabilidad laboral reforzada en virtud de algún fuero de salud, para lo que previamente se aclara que, se tendrá en cuenta la historia clínica como prueba calificada, máxime cuando se tiene certeza de su procedencia (sentencia SL1292-2018, SL4078-2019); y que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud del demandante (sentencia del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018), por demás que, en la citada sentencia SL2586-2020, se determinó que de permitirse la anterior solemnidad su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad "*que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral*".

Así las cosas y descendiendo a la prueba documental arribada, se avizora que, según historia clínica, el accionante ingresó por urgencias al Hospital San Rafael ESE por una presunta caída de alturas el 05 de octubre de 2009, lo que le generó una resección de meniscos por lesión en rodilla izquierda y en la muñeca, y que cuando se fuera a realizar su examen médico de ingreso en Lazos Temporales SAS se recomendara control por oftalmología (fls. 8 a 11, 316, 317). Igualmente, encontramos que el 30 de abril de 2014 resbaló y golpeó su rodilla, frente a lo que se inició una investigación de accidente de trabajo. Posteriormente, el actor acudió a consulta médica el 09 de junio de 2014 por presentar un dolor en su pierna, siendo tratado con medicamentos para el dolor y llevándose seguimiento a su estado de salud (fls. 12 a 17, 27, 29, 34, 37, 38, 41 a 43, y 46).

Así mismo, a folios 18 y 19, se evidencia que, el accionante el 13 de agosto de 2013 ingresó por urgencias al Hospital San Rafael ESE, por dolor lumbar bilateral, el que, según concepto médico, es de un día posterior a cargar objetos pesados en su trabajo, frente a lo que se le suministró medicamentos para su padecimiento.

De igual manera, se observa que, en consulta del 01 de junio de 2015, se señala que, el actor presentaba un cuadro de más de 6 meses de evolución de manchas hipopigmentadas (aproximadamente desde diciembre de 2014), señalándose que se trataba de una infección local de la piel y del tejido subcutáneo (fls. 20 a 26).

Del mismo modo, también fueron allegadas incapacidades en las que se denota que el actor estuvo incapacitado, así: 30 y 15 días por los esguinces y torceduras de la muñeca que padeció en 2009; 21 días del 16 de octubre al 08 de noviembre de 2009; dos días por un lumbago entre el 16 y 17 de enero de 2010; siete días en febrero de 2010; tres días en abril de 2014; tres días desde el 18 de junio de 2014; y 15 días, del 28 de julio al 11 de agosto de 2014 (fls.28, 32, 35, 36, 39, 40, 44, 243, y 244).

Conforme lo expuesto, es claro que el actor ha sido tratado por lesiones de rodilla, muñeca, lumbares, y que empezó a presentar manchas hipopigmentadas como síntoma de vitíligo. No obstante, no es posible establecer que tal cuadro clínico lo pusiera en imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad a causa de sus limitaciones o deficiencias en su entorno social o laboral, o que se evidencie que su situación le impida o le dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, pues además que se desconoce el porcentaje de pérdida de capacidad laboral al no contarse con un dictamen sobre la materia ni estar acompañado el proceso de prueba testimonial, no es posible entrever si éstas enfermedades eran de tal gravedad que no le permitan desempeñar sus labores en condiciones de normalidad, por demás, se presentaron en intervalos más que considerables.

Se itera, si bien como se indicó en líneas anteriores, el dictamen sobre la pérdida de la capacidad no es prueba única e idónea para demostrar una situación de discapacidad, es tal la orfandad probatoria sobre esto último en el diligenciamiento, que se obligaría a esta colegiatura a suponer situaciones, actuando de forma abiertamente contraria a las previsiones del artículo 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por lo anterior, no procede el reintegro impugnado y dado que le asiste razón al Juez de Primera Instancia, de igual manera, sobre los extremos declarados

en las diferentes relaciones laborales declaradas, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
STEER

DAVID A.J CORREA

AUTO

Se señalan como agencias en derecho en esta instancia, la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ROGEIS FABIAN BERNAL** promoviese contra **AVIANCA S.A Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se solicita que la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con Avianca S.A del 19 de febrero de 2008 al 30 de noviembre de 2017; que la terminación del vínculo fue carece de validez al contar el trabajador con la protección especial de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y estar incurso en un proceso de formalización laboral; que pese a la decisión del juez de tutelar de ser incorporado no se le han pagado sus acreencias laborales legales así como los derechos extralegales contemplados en el plan voluntario de beneficios; que los pagos a las cesantías e intereses a las cesantías constituyen pagos irregulares; que compensación extraordinaria es salario; y que se le descontaron sumas irregularmente captadas por concepto de afiliación a la cooperativa y cuotas mensuales de sostenimiento.

Como consecuencia de lo anterior, el actor pretende su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, beneficios extralegales, y demás rubros dejados de percibir; indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento de antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio

extralegal de transporte, y días adicionales de vacaciones, conforme al plan voluntario de beneficios; reliquidación de las vacaciones causadas y que fueron pagadas en una base inferior; intereses a las cesantías, aportes a seguridad social, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, y auxilio cooperativo extraordinario variable; cuantificación como salario de beneficios extralegales otorgados en especie, como tiquetes o pasajes, alimentación en casino, y ruta de trabajadores; indemnización plena de perjuicios derivada de la culpa patronal; valores descontados por cuota de afiliación por su ingreso a la cooperativa, así como cuotas de sostenimiento; indexación; e intereses moratorios.

Subsidiariamente a la pretensión de reintegro procura indemnización moratoria, e indemnización por despido sin justa causa.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en un presunto esquema de tercerización que efectuó Avianca S.A con Servicopava como medio para evadir responsabilidades laborales; en la falta de suministro de elementos de protección para el desarrollo de su cargo como Auxiliar de Asistencia en Tierra, lo que lo dejó expuesto a un accidente de trabajo que le generó una pérdida de capacidad laboral del 4,5%; en la discriminación, maltrato psicológico y despido del que fue víctima como consecuencia de su estado de salud y de la huelga de pilotos que inició en septiembre de 2017; en la falta de reconocimiento de acreencias laborales en virtud de la suspensión provisional de actividades; y en la acción de tutela proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá donde se ordenó su reintegro sin que se hubiese dado cumplimiento a la misma.

2. Providencia recurrida

En audiencia del 17 de junio de 2020 se profirió providencia por parte del juzgado de conocimiento, donde se declaró la excepción de cosa juzgada, con fundamento en la existencia de un contrato de transacción donde se tuvo a Avianca S.A y a Servicopava a paz y salvo por el pago de compensaciones, aportes, y de cualquier otro eventual reclamo relacionado con la naturaleza cooperativa del vínculo que lo unió a Servicopava, eventuales reclamaciones por compensaciones, derechos económicos de toda índole, pago definitivo de su liquidación de compensaciones, devolución de aportes, y pago de las demás acreencias laborales que tuviere; que al no existir sentencia judicial que declare un contrato de trabajo los derechos que se soliciten a cargo de quien se pretende sea el verdadero empleador son inciertos y discutibles, por lo que podían ser objeto de transacción.

3. Argumentos del recurrente

Expresó que, en los hechos de la demanda se hace alusión a la invalidez del acuerdo que entre las partes se celebró, por lo que no fue aceptada por la parte actora desde la demanda, la diligencia de transacción.

Indicó que, la invalidez del acuerdo de transacción está dada porque no fue suscrito por todas las partes, fue un documento que de manera ilegal le hicieron suscribir al accionante en las oficinas de un tercero con ausencia de representantes de Avianca S.A y Servicopava, sin firma de ellos, apareciendo únicamente la del actor.

Finalmente dijo que, la acción de tutela que ordenó el reintegro del trabajador fue anterior al cumplimiento de la transacción, por demás que en lo literal del acuerdo no se llegó a un consenso sobre reintegro, y culpa patronal.

4. Reposición

La *A quo* no repuso su decisión. En síntesis, reiteró que para que tenga plena validez un acuerdo es necesario que versen sobre derechos inciertos y discutibles. Agregó que, la transacción se puede atacar, pero no simplemente manifestándose en los hechos, sino que debía pretenderse principalmente la nulidad del acuerdo, lo que tampoco se logra derivar de la situación fáctica puesta de presente en su libelo introductor, pues en ningún momento hizo referencia a una nulidad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de todas las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable considerar que por el acuerdo de transacción celebrado entre las partes operó el fenómeno de la transacción?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Cosa juzgada. Acuerdo de transacción.

A folios 660 a 662 obra contrato de transacción el 31 de enero de 2018, firmado por el actor, donde se establece en las cláusulas quinta a décima, que:

"(...) QUINTO: En aras de prevenir y transigir futuros litigios, las Partes aceptan celebrar el presente Acuerdo de Transacción con la finalidad de dirimir de forma anticipada cualquier reclamación o litigio eventual en relación con derechos inciertos y discutibles que puedan derivarse de la relación que existió entre las partes, la forma de terminación del contrato de asociación, las eventuales reclamaciones por sanciones, perjuicios, indemnizaciones, y acciones legales o administrativas derivadas de la terminación del contrato de asociación o de la ejecución del mismo, tales como:

i. Cualquier clase de diferencias derivadas de la relación contractual con los vinculó, relacionadas con las causas y motivos que dieron origen a la terminación del contrato asociativo, cualquier clase de diferencias derivadas del vínculo asociativo que existió entre El (La) EX ASOCIADO (A) y LA COOPERATIVA, así como cualquier eventual reclamo relacionado con la naturaleza jurídica del vínculo que lo unió a SERVICOPAVA, y en virtud del cual prestó a sus servicios asociativos a LA COOPERATIVA.

ii. De igual manera, las partes transigen cualquier clase de diferencias derivados de la prestación de los servicios asociativos de EL (La) EXASOCIADO (A) a cualquier otro cliente de LA COOPERATIVA, así como cualquier eventual reclamo relacionado con las diferencias que pudieran surgir con respecto a la naturaleza del vínculo jurídico que existió, en atención a los términos en que desempeñaba los servicios para los cuales fue contratado como TRABAJADOR ASOCIADO (A) de LA COOPERATIVA."

"SEXTO: Por lo anterior, y de manera independiente y autónoma, por mera liberalidad, LA COOPERATIVA ha decidido reconocer a EL (La) EXASOCIADO (A), adicional a la Liquidación de Compensaciones a la cual tiene derecho de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen de Compensaciones, una SUMA TRASACCIONAL total, única y definitiva por valor total de $26'487.318 (Veintiséis millones cuatrocientos ochenta y siete mil trescientos dieciocho pesos mda/cte), suma en valor bruto, sobre la cual aplicarán las deducciones legales pertinentes, y que será imputable, compensable y abonable según el caso a cualquier derecho de carácter legal o extralegal, incierto, no prescrito, como consecuencia de la celebración, ejecución y terminación del convenio de asociación que existió entre las partes y a todos los derechos inciertos y discutibles de carácter laboral que EL (La) EXASOCIADO (A) puede eventualmente reclamar a cargo de la COOPERATIVA Y/O la Empresa Cliente o alguno de sus clientes que tuviere como causa directa o indirecta el convenio de asociación que existió entre las partes o la prestación del servicio asociativo. Parágrafo: La suma referida en la presente clausula será consignada por LA COOPERATIVA, después de realizar los descuentos legales procedentes y autorizados por EL (La) EXASOCIADO (A), en el término dispuesto en sus estatutos y regímenes, mediante transacción electrónica en la cuenta de ahorros cuyo titular es El la señor (a) BERNAL ROGER'S FABIAN"

"SEPTIMO: En virtud del pago de la suma transaccional, las partes transigen todas las actuales o eventuales diferencias derivadas del vínculo jurídico que los unió, dándole al presente acuerdo el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 2483 del Código Civil declarado a paz y salvo a LA COOPERATIVA y a los beneficiarios de sus servicios, por concepto del pago de compensaciones, aportes y cualquier otro eventual reclamo relacionado con la naturaleza cooperativa del vínculo que lo unió a SERVICOPAVA, eventuales reclamaciones por compensaciones, derechos económicos de toda índole, el pago definitivo de su liquidación de compensaciones, la devolución de sus aportes, el pago de las demás acreencias que tuviera el (la) exasociado (a) a su favor y a cargo de LA COOPERATIVA, así como todo tipo de indemnizaciones surgidas con motivo del vínculo asociativo"

"OCTAVO: Igualmente, en virtud del pago de la suma transaccional, las partes transigen todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la prestación de los servicios de EL (La) EXASOCIADO (A) a la empresa cliente AVIANCA o a cualquier otro cliente de LA COOPERATIVA, así como cualquier eventual reclamo relacionado con las diferencias que pudieren surgir con respecto a la naturaleza del vínculo jurídico que existió con LA COOPERATIVA o con los clientes de la misma".

" (...) DECIMO: Así las cosas, en virtud del presente acuerdo, El (La) EXASOCIADO (A) declara a LA COOPERATIVA, a la empresa cliente AVIANCA y a los demás beneficiarios de sus servicios, PAZ Y SALVO tanto a la Cooperativa como a sus empresas clientes, por todo concepto relacionado con el pago de compensaciones, aportes, auxilio anual y rendimiento del auxilio anual, o cualquier otro eventual reclamo relacionado con la naturaleza jurídica del vínculo en virtud del cual prestó sus servicios asociativos a la Cooperativa en los diferentes procesos de las empresas clientes de LA COOPERATIVA, la naturaleza cooperativa de su vínculo con SERVICOPAVA, así como cualquier reclamo derivado de eventuales diferencias sobre las que se ha decidido transigir en el presente acuerdo, y en general por toda clase de eventuales discusiones que pudieren surgir en razón a los servicios prestados por El (La) EXASOCIADO (A), así como cualquier eventual reclamo relacionado con las diferencias que pudieren surgir con respecto a la naturaleza del vínculo jurídico que unió a las partes. EL (La) EXASOCIADO (A) renuncia expresamente a cualquier reclamo o acción que tenga o crea tener contra LA COOPERATIVA o a la Empresa Cliente AVIANCA, surgidas con motivo del contrato de asociación que los vinculó y en especial por lo referente a la terminación del contrato de asociación, reclamaciones sobre las causas que dieron origen a la terminación, daños perjuicios, acciones derivadas de la terminación del contrato de asociación"

Ahora bien, la transacción legalmente es definida en el artículo 2469 del Código Civil como: *"un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual"*. La definición legal de la transacción en materia laboral no existe, el Código Sustantivo del Trabajo se limita a señalar en su artículo 15, que: *"Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles"*, pues de esta manera, la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago, que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, de manera que el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad,

desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento. Así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de octubre de 2012, Rad. 39522.

En igual sentido, en providencia AL3608-2017 se estableció que la transacción resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que haya concesiones mutuas o recíprocas.

Al respecto, encuentra la Sala que los anteriores requisitos se encuentran cumplidos en el acuerdo de transacción allegado, arribándose a un consenso sobre la totalidad de las reclamaciones que pudieren acaecer como consecuencia de la existencia de la relación laboral que existió entre el actor y Servicopava, así como con Avianca S.A, tal y como lo expuso la Jueza de Primera Instancia, puesto que, al supeditarse la demanda a la declaratoria de un contrato realidad con Avianca S.A, como verdadero empleador, entidad que presuntamente lo contrató a través de un tercero, y de allí el reconocimiento de las diferentes acreencias legales y extralegales que se peticionan, se estaba frente a un escenario que podía ser objeto de discusión y que era incierto, puesto que todavía no ha sido de declaración por ninguna autoridad judicial sobre la calidad de empleador de Avianca S.A.

De igual manera, se observa el elemento de la voluntad de los partes, pues el accionante suscribió el documento, y las accionadas efectuaron el 21 de febrero de 2018 (21 días después) el pago de lo que fue objeto de transacción en la suma allí relacionada, esto es, $26'487.318, tal y como se avizora en el documento obrante a folio 663, por demás que fueron aquellas que realizaron el ofrecimiento que libre y voluntariamente fue firmado por el trabajador, o por lo menos, ello no se ataca ni en los hechos de la demanda ni en las pretensiones, recuérdese que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo (sentencias del 03 de mayo de 2005 Rad. 23381, reiterada en decisiones del 14 de julio de igual año, 01 de junio de 2006, y 16 de octubre de 2012, radicados 25499, 26830, 38706, respectivamente).

Por otra parte, mencionó el apoderado de la parte actora que en los hechos 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, y 2.2.39 de la demanda, hacen alusión a la invalidez que para el demandante tiene el acuerdo transaccional, sin embargo, de la lectura integra de las situaciones fácticas allí narradas, no se logra desprender que se estuviera requiriendo a la sentenciadora de primera instancia para que declarara la nulidad del acta de transacción, pues en ningún momento se hace mención a que adoleciera de vicios del consentimiento.

Al punto, no desconoce la Sala, que es al encargado de administrar justicia, quien le corresponde descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal, como lo es la demanda, y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas, empero, lo cierto es que, los hechos del documento introductor son insuficientes para verificar que se hizo alusión a un vicio del consentimiento, pues de ser así se debió señalar que fue el actor quien fue objeto de fuerza, error, o dolo, no obstante, las afirmaciones para considerar invalido el documento se refieren a las demandadas, quienes en ningún momento desconocieron el acta de transacción.

Por tanto, se considera que le asiste razón a la Jueza de Primera Instancia, por lo que se CONFIRMARÁ su providencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se impondrán costas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la providencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta providencia quedará legalmente notificada en ESTADO VIRTUAL a fijarse por la Secretaría de esta Sala.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ALBA ILIA MORALES promoviese contra UGPP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 22 de diciembre de 2016, junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la existencia de una convivencia entre la actora y el señor Israel Rivas Leiva por más de 20 años y hasta la fecha de fallecimiento de este último el 22 de diciembre de 2016.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que entre la actora y Ana Doris Ibarra Fajardo existía una controversia respecto a la convivencia con el causante que debía ser solucionada por la justicia ordinaria, por lo que quedó en suspenso conforme a la Ley 1204 de 2008.

Mediante auto del 16 de julio de 2018 se dispuso la vinculación al proceso de Ana Doris Ibarra Fajardo y Víctor Alfonso Rivas Morales (fl.125), quienes contestaron a través de Curador ad litem, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor. Principalmente, expuso que no le constaban los hechos y que debían probarse.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. – DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada y los litis consortes necesarios.

SEGUNDO. - DECLARAR que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Israel Rivas Leiva a partir de la fecha de su fallecimiento y de manera vitalicia, reconocimiento que se hará en un 50% de la pensión de jubilación que disfrutaba Israel Rivas Leiva y mientras tenga derecho al otro 50% Víctor Alfonso Rivas Morales, advirtiendo que dicha pensión de sobrevivientes acrecerá en el momento en que Víctor Alfonso Rivas Morales culmine sus estudios o cumpla los 25 años de edad.

TERCERO. - CONDENAR a UGPP a pagar el retroactivo pensional desde el momento del fallecimiento del señor Israel Rivas Leiva y hasta que sea ingresada en nomina de pensionados, retroactivo que se ordena pagar de manera indexada y del cual se autoriza a la demandada efectuar los descuentos por concepto de seguridad social en salud que correspondan.

CUARTO. – ABSOLVER a la UGPP de la pretensión relacionada con el reconocimiento de intereses moratorios.

En síntesis, refirió que, al fallecer el causante el 21 de diciembre de 2016, el régimen aplicable es el de la Ley 797 de 2003, acreditándose que la actora tiene más de 30 años, así como el requisito de la convivencia dentro de los cinco años anteriores al deceso del causante, como quiera que obra declaración de unión marital de hecho del 06 de noviembre de 2008 al 21 de diciembre de 2016.

Agregó que, en el proceso ante el Juez de Familia, se llevaron a cabo testimonios, de los que no se solicitó ratificación, y donde los hijos del causante expusieron que la convivencia de la pareja fue de forma ininterrumpida, inclusive, desde 1996; y que quien acompañó al difunto en su enfermedad, fue la accionante.

Adujo que, hay lugar a un 50% de la prestación a favor de la demandante, por cuanto se acreditó que el otro, 50%, lo goza Víctor Alfonso Rivas Morales; pensión que, en todo caso, se puede acrecentar.

Indicó que, no hay lugar intereses moratorios, ya que, había una controversia entre presuntas beneficiarias; y que, por lo anterior, se debe reconocer la pensión debidamente indexada.

Dijo, que no operó el fenómeno prescriptivo pues el causante demandó en 2016 y la demanda se presentó en 2018, por demás que se presentó reclamación administrativa.

Finalmente señaló que, no hay condena en costas como quiera que existía controversia acerca de quien era la beneficiaria de la prestación.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, no hay prueba suficiente de la que se pueda extraer la convivencia por cuanto se careció de testigos; y que UGPP no estuvo dentro del proceso de la unión marital de hecho y que resulta sospechoso que en proceso de familia se hubieran llevado a cabo tal acervo probatorio con ausencia del causante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 23 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue no utilizado por estas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es UGPP, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿La accionante es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Israel Rivas Leiva?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de sobrevivientes. Convivencia

En el proceso no existe discusión, respecto a que el señor Israel Rivas Leiva falleció el 21 de diciembre de 2016, por demás que ello se acredita con el registro civil de defunción obrante a folio 8.

Ahora, es menester recordar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que tiene como requisito para que haya lugar a una pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a favor de la cónyuge o la compañera permanente, tener 30 años o más, acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante, y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

Al respecto, es necesario precisar que en sentencia SL1730-2020, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, rectificó su jurisprudencia, el sentido de establecer cuál era el verdadero significado del mentado artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señalando que, el régimen de convivencia por cinco años sólo se fija para el caso de los pensionados, de manera que para los afiliados, *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

Así las cosas, y dado que el causante falleció en su calidad de pensionado, se procede a verificar si entre este y la actora se encuentran acreditados los cinco años de convivencia anteriores al deceso del causante.

Sobre el tópico, observamos que el señor Israel Rivas Leiva contrajo nupcias con la señora Ana Doris Ibarra Fajardo, no obstante, se divorciaron el 15 de diciembre de 1997 (fls. 50 a 54). En igual sentido, la actora, Alba Lilia Morales tuvo un matrimonio con el señor Simeón Quevedo Trujillo, empero también se divorciaron el 22 de octubre de 2008 (fls. 59 a 67).

Por otra parte, se observa que la accionante inició proceso para que se declarara la existencia y disolución de la unión marital de hecho que sostuvo con el señor Israel Rivas Leiva, resolviéndose en él que entre la demandante y el causante existió una unión marital de hecho conformada desde el 06 de noviembre de 2008 y el 21 de diciembre de 2016 (fls. 68 a 123).

Ahora bien, en dicho proceso rindieron declaración Clarena, Yicenia, y Alexander Rivas Ibarra que, el causante se fue del hogar conformando con Ana Doris Ibarra Fajardo en 1996-1997, acudiendo tan solo esporádicamente en casa de su madre; que visitaban a su padre, Israel Rivas Leiva, y él vivía con la accionante; que el causante no regresó a pernoctar constantemente con su madre pese a que él era quien asumía algunos gastos de tal hogar; y que desde 1996-1997 existió la relación con Alba Ilia Morales, porque ella fue una de las razones por la que terminó su matrimonio.

En igual sentido, en tal proceso fueron testigos Hernando Perdomo Montealegre, Rubiela Núñez Montealegre, Julio Caquimbo Perdomo, quienes fueron contestes en manifestar que Alba Ilia Morales convivieron por un término por más de 10 años en Tesalia- Huila desde 1997 aproximadamente (el señor Hernando Perdomo desde 2007-20008), tuvieron un hijo juntos, nunca se separaron y su convivencia era permanente, que no conocían a Ana Doris Ibarra Fajardo, que el actor era conductor de la ruta Tesalia- Neiva, y que los gastos de manutención de la actora los asumía el causante porque ella se dedicaba al hogar.

Así mismo, compareció Adonay Castro Ramírez, quien, frente al hogar conformado con Ana Doris Ibarra Fajardo, informó que se divorciaron, que después se enteró que el causante tenía otra mujer, y que no sabía donde residió el difunto en los últimos años de su vida.

De igual modo, en el medio óptico de folio 163 obra declaración extraprocesal del señor Israel Rivas Leiva del 18 de enero de 2007 y 05 de septiembre de 2008, donde puso de presente que llevaba más de 10 conviviendo con Alba Ilia Morales, en unión marital de hecho.

De esta manera, considera la Sala que está acreditado el elemento de la convivencia, aclarando que ninguno de las accionadas en juicio consideró necesario la ratificación de tales declaraciones, por lo que, conforme al artículo 222 del C.G.P tienen pleno valor probatorio. Por tanto, se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia de reconocer a favor de la accionante el 50% de la prestación pensional que en vida gozaba el señor Israel Rivas Leiva, en la medida que el valor restante ya fue reconocido a su hijo, Víctor Alfonso Rivas Morales, tal y como da cuenta la Resolución RDP 044894 de 2017 (fls. 15 a 21).

Fecha reconocimiento, y prescripción

Teniendo en cuenta que el fallecimiento del señor Israel Rivas Leiva acaeció el 21 de diciembre de 2016, se considera que la fecha de reconocimiento de la prestación debe ser a partir de tal data.

En cuanto a la prescripción, observa la Sala que no operó el fenómeno extintivo, como quiera que se demandó el 27 de junio de 2018 (fl.124), esto es, dentro de los tres años de que tratan los artículos 151 del C.P.T y de la S.S y 488 y 489 del C.S.T, pues se reitera el fallecimiento fue el 21 de diciembre de 2016.

Indexación

La Sala considera que hay lugar a su condena como quiera que las mesadas pensionales objeto de condena se ven afectadas por la depreciación monetaria y/o la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal y como se sostuvo en sentencias SL194-2019 y SL3397-2020, por lo que se confirmará.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11001310503820180040 3-01
Demandante: GUSTAVO SALCEDO PEÑA
Demandado: POSITIVA CÍA. DE SEGUROS y ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. (hoy SEGUROS BOLÍVAR S.A.)

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y Aprobado según Acta No 003

AUTO

i) Téngase por reasumido el poder por parte del procurador judicial principal de POSITIVA CÍA. DE SEGUROS S.A., Rubén Libardo Riaño García, identificado con Tarjeta Profesional No. 244.194 del Consejo Superior de la Judicatura. Por lo anterior, téngase por revocado el poder de sustitución extendido a la abogada DIANA ROCÍA CASTRO GÓMEZ con Tarjeta Profesional No. 236.221.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la convocada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que GUSTAVO SALCEDO PEÑA promoviese contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. (hoy SEGUROS BOLÍVAR S.A.).

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende por el demandante, que se le reconozca una indemnización por incapacidad permanente parcial. Igualmente, solicita los intereses moratorios.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en el accidente que sufrió

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

POSITIVA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción). Expuso en síntesis que, atendiendo aquellas previsiones consignadas en la Ley 776 de 2002, corresponde no le corresponde a esa entidad el reconocimiento pretendido puesto que ello es de la órbita de aquella "*a la cual se encuentre afiliado el trabajador para la fecha en que se requiera [refiriéndose a las prestaciones]*".

Ante lo anterior y como desde su punto de vista, el *"proceso de calificación inició mientras el actor se encontraba afiliado a al(sic) ARL LIBERTY SEGUROS"*, pues a ésta última le corresponde el reconocimiento.

Por su parte, ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy SEGUROS BOLIVAR S.A. se opuso las pretensiones de la demanda exponiendo como argumento principal de defensa, el hecho de haberse estructurado la pérdida de la capacidad laboral del demandante, en un interregno donde se encontraba vinculado a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

3. Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria y a cargo exclusivamente, de la entidad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A..

En síntesis, luego de recapitular demanda y contestaciones, expresó los hechos que no se encontraban en discusión y, estableció como tales: (i) la vinculación del actor al sistema de riesgos laborales así como las fechas durante las cuales sostuvo vinculación con cada una de las demandadas, (ii) el haber sido calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y otorgársele una pérdida de la capacidad laboral igual a 22.45% con fecha de estructuración 26 de abril de 2016, por origen profesional.

Claro entonces en que se padecía una incapacidad permanente parcial por riesgo laboral, acude al artículo 40 del Decreto 1295 de 1994, el que define la incapacidad permanente parcial, al que da lectura. Luego, expone el artículo 20 del precitado compendio, el que enuncia fue "recogido" por la Ley 1562 de 2012 y se refiere a los porcentajes que corresponden, ante la necesidad de efectuar un reconocimiento económico dada la existencia de la prementada limitación.

en el 1º de julio de 2009 y culminó el 15 de mayo de 2014. Por otra parte, aquella verificada con POSITIVA S.A. tuvo por fecha de inicio el 3 de marzo de 2015 y resulta ser una afiliación activa[1], lo que además refrendó con las certificaciones obrantes en el documento. Concluye entonces que, como quiera y al demandante le fue asignado como fecha de estructuración de sus padecimientos, el 26 de marzo de 2016, era claro que la entidad responsable resultaba ser la compañía POSITIVA S.A.

Agregó además que, la fecha de estructuración que debía atenderse, resultaba ser la consignada en el último dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que fue aquél rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no el primero, como era pregonado por POSITIVA S.A.

Luego, con relación a los intereses moratorios, indicó que ellos se abrían paso de cara a las previsiones legales sobre tal particular y determinó el momento desde el cual se generaban. Declara no probada la excepción de prescripción y absuelve a LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy SEGUROS BOLIVAR S.A.

Deja abierta la posibilidad de que POSITIVA S.A. adelante acciones de recobro sí a ello había lugar.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, no se comparte la decisión de condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., puesto que resultaba ser un requisito insoslayable y por demás, no cumplido, el determinar quién resultaba ser la entidad responsable del reconocimiento de una incapacidad permanente parcial.

Así las cosas, expone que cuando se realizó la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del demandante, ello no tuvo lugar durante la vigencia de su afiliación a POSITIVA S.A. y por lo tanto, era ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., la encargada de atender las pretensiones del demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 y por auto del 8 de junio de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apelante el apoderado de POSITIVA

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el medio de impugnación.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Dentro del presente asunto, corresponde a la compañía POSITIVA S.A. asumir el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial del demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES

El parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 776 de 2002 señala que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, son reconocidas y pagadas por la administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador, y, en el caso de enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Se expone igualmente que, cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos laborales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

Ahora bien, entratándose de enfermedad profesional y para el caso en que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de

de las prestaciones económicas dentro de los 2 meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento; y que vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora.

No puede perderse de vista además que el artículo 5 del Decreto 1771 de 1994 señala que las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional son pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica; que la entidad administradora de riesgos profesionales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad; y que la entidad administradora de riesgos profesionales que asuma las prestaciones económicas podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes; norma coincidente con el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015, que también establece la forma como se debe realizar el reembolso entre entidades del sistema de riesgos laborales.

En ese orden de ideas, no puede someterse a discusión que la entidad que debe proceder al reconocimiento de una prestación económica resulta ser aquella que pregona la afiliación actual del trabajador y que resulta ser ésta última quien, si a bien lo tiene, disponga de esas acciones de recobro que la ley ha instituido a su favor.

Por ello, ese insistente discurso de la convocada POSITIVA S.A., no tiene eco ante este Corporación, puesto que parte de un entendimiento incorrecto a las normas que han sido referidas y las cuales establecen con claridad, su responsabilidad en el reconocimiento de la prestación económica requerida por el demandante.

Recuérdese que en el caso en estudio, no se discute esa proporción que eventualmente debe ser asumir por LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy SEGUROS BOLÍVAR S.A., sino el hecho relativo a quien debía ser aquella entidad que por ley, en un primer momento, debe proceder al pago de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral del actor.

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones, para CONFIRMAR la

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, al no haberse descorrido el traslado para alegar.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

SEGUNDO. – Sin Costas en esta instancia.

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER