República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **AYDA CECILIA LOZANO DOMÍNGUEZ** CONTRA **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** Y **SANDRA ROSALES OLABES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **AYDA CECILIA LOZANO DOMÍNGUEZ** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare que ostenta la calidad de única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente el señor WILLIAM PARRA CAMPOS, al igual que la señora SANDRA ROSALES OLABES no tiene dicha condición como compañera permanente; en consecuencia, se ordene a la AFP demandada reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes desde la fecha en que se configuró el derecho y hasta cuando se haga efectivo el pago de la mesada pensional, junto con las costas y agencias en derecho (folio 3 archivo expediente unificado del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 2 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que conoció al señor WILLIAM PARRA CAMPOS en el año 1998, con quien sostuvo una relación de noviazgo entre 1999 y 2000, data esta última en la cual iniciaron convivencia y quedó en estado de gravidez de su primera hija Paula Marcela. Añade que por motivos de trabajo del causante, quien se desempeñaba como ingeniero programador, residieron en diferentes municipios, destacando que para el año 2007, data en la que nació su segundo hijo Juan Sebastián, residieron en la ciudad de Barrancabermeja. Señala igualmente, que residieron en la ciudad de Bogotá entre los años 2009 y 2013 y que en esta última anualidad, el causante comenzó a prestar sus servicios para la empresa TECA, cuyas labores fueron desempeñadas en los municipios de Acacías, Neiva y Puerto Boyacá, lugar este donde falleció el 4 de septiembre de 2014; que adicional a los hijos mencionados, procreó con su compañero a Laura Valentina, precisando que todos ellos son menores de edad. Indica que solicitó ante la AFP Colfondos S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue reconocida a sus tres

hijos en cuantía del 50%, además, se dejó en suspendo el restante 50% hasta tanto se definiera mediante decisión judicial la titularidad de dicho porcentaje, pues la señora Sandra Rosales Olabes igualmente reclamó su reconocimiento, en calidad de compañera permanente, sin serlo en realidad.

DEMANDA INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM . En su condición de interviniente *ad excludendum*, **SANDRA ROSALES OLABES**, a través de apoderada judicial formuló demanda, para que previos los tramites del proceso ordinario laboral se le reconozca y pague, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero William Parra Campos (q.e.p.d), en porcentaje del 50%; asimismo, se condene a la AFP llamada a juicio y a la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez devolver el retroactivo pensional a esta pagado, junto con los intereses moratorios a cargo de Colfondos S.A.; la indexación de las sumas reconocidas; las costas procesales y las agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita el reconocimiento y pago de la prestación debatida en un 31,6%, a partir de la fecha del fallecimiento del causante (fls. 302 y 303 archivo expediente unificado del expediente digital).

Fundamenta sus peticiones en los hechos que se relacionan en la correspondiente demanda, visibles a folios 300 a 302, en los que en síntesis advierte que, convivió con el señor William Parra Campos desde el 16 de noviembre de 1987 hasta la fecha de su fallecimiento, que tuvo lugar en el año 2014; que su último domicilio común lo fue en la ciudad de Barranquilla; que de dicha unión se procrearon 3 hijos, Stephanie, William y Luis Fernando Parra González; que debido a su trabajo como ingeniero de sistemas, el causante viajaba de manera constante, sin embargo, nunca dejó a su familia. Agrega que ella y sus hijos, ostentaban la calidad de beneficiarios del señor William Parra Campos en el Sistema General de Salud, dado que dependían económicamente

de él; que el causante compró un bien inmueble en la ciudad de Barranquilla el cual presenta afectación a vivienda familiar y en cuya escritura se dejó expresamente establecido que ella y el finado tenían la calidad de compañeros permanentes. Manifiesta que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero Colfondos S.A. solo reconoció el 50% a los hijos menores del señor Parra Campos, dejando en suspenso el 50% restante, por existir conflicto entre compañeras permanentes. Concluye indicando que el Juzgado Tercero de Familia de Barrancabermeja en audiencia pública realizada el 19 de diciembre de 2016, declaró la existencia de la sociedad patrimonial de hecho entre el causante y la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez, y es por ello que, la AFP convocada reconoció a esta como beneficiara del 50% de la pensión de sobrevivientes discutida, folios 300 a 307 archivo expediente unificado del expediente digital.

CONTESTACIÓN: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** formuló oposición a la pretensión de la demanda encaminada a obtener el reconocimiento del 100% de la prestación a favor de la señora Ayda Ceilia Lozano Domínguez , al considerar que el 50% de la misma ya fue otorgada a favor de los hijos del causante. Agrega que en el *examine* se evidencia la existencia de un conflicto entre beneficiarios, el cual debe ser zanjado por la justicia ordinaria laboral, como así lo ha definido de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia. Concluyendo que su decisión de abstenerse de reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante constituye una conducta legítima, que debe ser considerada para efectos de no imponer condena por concepto de indexación, intereses moratorios y costas procesales. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de integración del contradictorio, falta de causa y buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica (folios 180 a 181).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Igualmente, al contestar la reforma de la demanda formulada por la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez, propuso como medio exceptivo el que denominó pago e inexistencia de la obligación de Colfondos de pagar las mesadas pensionales ya canceladas a la demandante. (folio 488 archivo 2017 484 del expediente digital).

En relación a la demanda formulada por la *tercera ad excludendum*, el Juzgado de Conocimiento mediante auto del 16 de enero de 2019, la tuvo por no contestada por parte de la AFP Colfondos S.A. (folio 485 y 467 archivo expediente unificado del expediente digital).

A su turno, la señora **AYDA CECILIA LOZANO DOMÍNGUEZ**, se opuso a las pretensiones formuladas por la *tercera ad excludendum*, argumentando que es ella la acreedora del 50% de la pensión de sobrevivientes, por ser quien convivió con el causante los últimos 5 años de vida, pues entre la señora Sandra Rosales Olabes y el señor William Parra Campos tuvo lugar una separación de cuerpos. **Excepciones:** No propuso excepciones, folios 367 a 369 archivo expediente unificado del expediente digital.

Por su parte, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** al dar contestación a la demanda, al llamamiento en garantía y a la demanda formulada por la *tercera ad excludendum,* se opuso a la totalidad de las pretensiones, al considerar que la póliza expedida por la aseguradora ya fue afectada en su totalidad por el 100%, teniendo en cuenta que pagó a la AFP Colfondos la suma adicional de los 4 hijos del afiliado fallecido para completar el 50% de la pensión de sobrevivientes que le fue en principio reconocida a estos; adicionalmente, pagó para completar el restante 50% de la prestación que le fuera reconocida a la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez. Concluyendo que cualquier derecho que le sea concedido a la señora Sandra Rosales Olabes, debe estar a cago de la AFP llamada a juicio y

la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó cosa juzgada frente a la condición de compañera permanente, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pago de la suma adicional, compensación frente a la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A., prescripción, compensación y nulidad relativa, buena fe y la genérica (folios 420 a 439 archivo expediente unificado del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de febrero de 2021, resolvió **declarar** que la pensión de sobrevivientes será compartida entre la señora AYDA CECILIA LOZANO y la señora SANDRA ROSALES OLABES en su condición de compañeras permanentes, en cuantía del 25% para cada una, a partir del 4 de septiembre de 2014 junto con los aumentos legales y mesadas adicionales y con derecho a acrecer; **condenar** a COLFONDOS a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y la *tercera ad excludendum* en los términos anotados; **absolver** a COLFONDOS de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora Ayda Cecilia Lozano; **absolver** a COLFONDOS de los intereses moratorios reclamados; **declarar** que la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS es responsable de las obligaciones que corresponden a la demandada COLFONDOS, y si hay lugar a ello, completar el capital necesario para pagar la pensión de sobrevivientes reclamada; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y, **condenar** en costas a la parte accionada COLFONDOS. (Archivo de audio denominado Audiencia Art. 80 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme a la normatividad aplicable al caso que lo es la ley 797 de 2003 y la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del

afiliado que fallece, quienes ostenten la calidad de cónyuge o compañera permanente y conformen su núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para la fecha del óbito. Concluyendo que de las pruebas documentales y las declaraciones arrimadas al proceso se constata que el causante convivió de manera simultánea con la señora Ayda Cecilia Lozano y la señora Sandra Rosales Olabes hasta la fecha de su muerte, por manera que se encuentra acreditado que ambas ostentaban la calidad de compañeras a la data del deceso, siendo así beneficiaras de la pensión de sobrevivientes que se debate, en cuantía del 25% para cada una. Finalmente, refiere en lo que respecta al llamamiento en garantía que, conforme a la póliza Nº 2201409003175 Mapfre Colombia Seguros tiene la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financia el monto de la pensión de sobrevivientes. Finalmente, se abstiene de imponer condena a titulo de intereses moratorios, por cuanto no son procedentes cuando se presenta conflicto de presuntos beneficiarios, como lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandante **AYDA CECILIA LOZANO interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación,** aduciendo en síntesis como reparos de disidencia que, no se encuentra acreditada la convivencia efectiva entre el causante y la señora Sandra Rosales, pues de todos los medios de convicción allegados al proceso, se constata que es la accionante quien ostentó la calidad de compañera permanente a la fecha del fallecimiento. Añade que en su interrogatorio de parte manifestó de manera clara las razones por las cuales la señora Sandra Rosales figuraba como beneficiara del causante en el Sistema General de Salud, esto es, que sus hijos le exigieron dicha afiliación, dado que desde su separación la *tercera ad excludendum* no contaba con medios económicos para obtener esa protección, y ella como demandante se encuentra afiliada en calidad de trabajadora independiente; sumando a ello que, la escritura pública del año 2009, no puede considerarse como una prueba de una relación sentimental existente entre el afiliado fallecido y la señora Rosales Obales, pues con la compra del inmueble lo que pretendió el señor

William Parra, fue salvaguardar el bienestar de sus hijos como buen padre de familia, según se dejó constancia en el interrogatorio de parte. Indica que el Juzgado dejó de lado el carnet del causante expedido por Ecopetrol y por la empresa Teca, el cual refiere como contacto a la señora Ayda Cecilia Lozano, al igual que los gastos funerarios, los cuales fueron asumidos por esta y no por la señora Sandra Rosales. Concluye indicando que no existe un desconocimiento del extremo activo sobre la relación de convivencia entre el señor William Parra y la señora Sandra Rosales, no obstante, tal relación no se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento de aquel, precisando que el contacto que estos pudieron tener en los últimos años de vida, lo era por la existencia de unos hijos en común, por quienes el causante procuró velar.

A su turno, la parte DEMANDADA **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS interpuso recurso de apelación**, aduciendo como motivos de disidencia que, de las pruebas obrantes en el diligenciamiento no se encuentra acreditada la convivencia del señor William Parra con la señora Sandra Rosales, requisito que se debe verificar en este tipo de asuntos, como así lo ha establecido la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por manera que no se comparte el reconocimiento efectuado a favor de la *tercera ad excludendum*, máxime que las documentales allegadas por ella datan de una fecha muy anterior al deceso y solo acreditan la compra de un inmueble, hecho que *per se*, no da fe de la existencia de una convivencia efectiva, a pesar de la declaración que en la escritura se realizó en tal sentido, porque para ello se requiere una comunidad de vida, singular y única, que debió ser demostrada ante el Juez de Barrancabermeja, autoridad que la reconoció en relación con la aquí demandante Ayda Cecilia Lozano. De otro lado, señala que el Juzgado de Conocimiento se contradice en la decisión proferida, por cuanto indica en su parte motiva que en efecto se encontró probado el reconocimiento de la

pensión de sobrevivientes a favor de la señora Ayda Cecilia Lozano, empero, se abstiene de declarar probadas las excepciones propuestas, y en particular la excepción de pago. Finalmente, afirma que no es procedente ninguna condena en costas a cargo de la AFP Colfondos, teniendo en cuenta que ha procedido al reconocimiento de la prestación y se ha presentado un conflicto entre presuntos beneficiarios.

Por su parte, la apoderada de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., igualmente presentó recurso de alzada,** aduciendo en síntesis como reparos que, del material probatorio no se constata la existencia de una convivencia simultanea, pues las probanzas no llevan al convencimiento que a la fecha del fallecimiento el causante mantuviera su relación de pareja con la señora Sandra Rosales Olabes, por el contrario, lo que denotan es que el señor William Parra deseaba brindar sustento y apoyo a los hijos que procreó con la *tercera ad excludendum*. Añade que como aseguradora ya asumió todas las sumas que le correspondían, en virtud del reconocimiento que se efectuó a favor de la señora Ayda Cecilia Lozano en condición de compañera permanente del causante, cumpliéndose así con los términos de la póliza de seguros.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante Ayda Cecilia Lozano: La apoderada de la parte actora, al descorrer el traslado ordenado, aduce que la señora AYDA CECILIA LOZANO, en calidad de compañera permanente del señor WILLIAM PARRA convivió con él desde el 19 de septiembre de 2007 hasta el 4 de septiembre de 2014, fecha del deceso, circunstancia que

se acredita mediante fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja Radicado 2015-005 de fecha 20 de diciembre de 2016 y cuya decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil- Familia el día 1º de junio de 2017. Agrega que todas y cada una de las pruebas allegadas por la actora, dan muestras claras y fehacientes de la unión marital conformada con el señor William Parra, es así que la Fiscalía General le entregó el cuerpo del señor William, amén que los gastos funerarios y otros trámites del sepelio fueron sufragados por la señora Ayda y las prestaciones sociales adeudas por la empresa Tecca al señor William también le fueron canceladas a esta, porque ella era quien que reconocía el empleador como su compañera; de igual manera se constatan facturas de servicios públicos que están a nombre de la demandante y las direcciones que ostentan son las mismas en las cuales el señor William también tiene registrada en los bancos y que se corrobora con los contratos de arriendo. Indica que ninguna de las pruebas allegadas fue tachada de falsa y fueron reiteradas por la señora Ayda en su interrogatorio, así como también lo hicieron los testigos Zoraida y Sandra Morales.

Parte demandada: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, manifestó que se encuentra demostrado y no fue objeto de controversia que ya pagó a la demandante AYDA CECILIA LOZANO DOMÍNGUEZ el 25% de la mesada, en consideración a que la misma adelantó proceso judicial que cursó ante Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja y que fue confirmado por el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el cual se declaró su condición de compañera permanente del causante, por manera que resulta inexplicable la condena que se impuso a la AFP a favor de la demandante. Señala que la sentencia apelada parte de la existencia del concepto de familia que formaron el causante y la señora SANDRA ROSALES OLABES, no obstante esta conclusión no cuenta con soporte

en las pruebas del proceso, de la que no se puede desprender esa condición de convivencia, por la existencia de hijos en común o la compra de un bien inmueble. Expone como argumento adicional, no puesto de presente en el recurso de apelación que, a Colfondos no le compete el reconocimiento del porcentaje que le pudiera asignar a la señora SANDRA ROSALES OLABES, sino que ello es responsabilidad de la señora AYDA CECILIA LOZANO DOMINGUEZ, como quiera que la sociedad pagó de buena fe a quien estaba entonces en posesión del crédito.

A su turno, la apoderada de la **TERCERA AD EXCLUDENDUM SANDRA ROSALES OLABES** manifestó que esta cumple con los requisitos para obtener la sustitución pensional por parte del fallecido, teniendo en cuenta que hizo parte de su grupo familiar, lo que se constata de su afiliación a la ESP como beneficiaria hasta el momento de su fallecimiento, en calidad de compañera permanente, así como de la expresa manifestación de tal condición en la escritura pública de compraventa de bien inmueble, la cual fue celebrada estando vigente la relación del causante y la señora Ayda Cecilia Lozano, lo cual además que se ratifica con las declaraciones extra juicio adosadas al plenario, que tienen pleno valor probatorio. Aduce que William Parra no estaba aún pensionado por vejez o invalidez, sino que su condición aún era de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; lo que no obliga a que Sandra Rosales se haya mantenido en cohabitación con el causante, aun mediando la justa causa, hasta el momento de su deceso y,¡ menos, demostrar que dicha convivencia fue de 5 años inmediatamente anterior a la muerte del afiliado.

Finalmente, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.,** señaló que la *tercera ad excludendum* SANDRA ROSALES OLABES no acreditó que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos

de cinco (5) años continuos con anterioridad tal y como lo indica el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues quedó probado que la demandante AYDA CECILIA LOZANO DOMÍNGUEZ fue la única compañera permanente del afiliado fallecido para el momento de su deceso, lo que se prueba con los documentos que reposan en este proceso, como es la sentencia de primera y segunda instancia emitidas por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fallos en los que se puede observar que la señora SANDRA ROSALES OLAVES intervino como *litis* consorcio necesario, quien guardó silencio y no se opuso, es así como esta sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues ya se había resuelto la condición de quién era la compañera permanente del afiliado. Resalta que no está llamada a responder como aseguradora, pues ya cumplió con lo propio en el ámbito de su competencia, esto, teniendo en cuenta que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A ya pago la suma adicional a la AFP COLFONDOS S.A. para completar el 100 % de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a los beneficiarios, en este caso a los cuatro hijos del fallecido a los cuales les correspondió el 50% de la pensión y a la compañera permanente AYDA CECICILIA LOZANO.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por la

Juez de Conocimiento y los recursos de apelación propuestos por la demandante, la demandada y la llamada en garantía, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], el determinar si la *tercer ad excludendum* Sandra Rosales Olabes tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en una proporción del 25% en calidad de compañera permanente, con ocasión al fallecimiento del señor William Parra Campos (q.e.p.d).

De corroborarse lo procedente, habrá de definir la Sala si la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe asumir suma adicional para financiar la prestación reclamada; finalmente, si se encuentra probada la excepción de pago propuesta por la AFP Colfondos en su contestación a la reforma de la demanda, reiterada en la alzada y si merece la condena en costas impuestas por el A Quo.

Denotando que, ante la carencia de reparo por las recurrentes sobre la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reconocida por el Juzgado de Conocimiento a favor de la demandante Ayda Cecilia Lozano en calidad de compañera permanente del causante, este Juez Colegiado no ejecutará consideración al respecto.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia del registro civil de defunción del señor William Parra Campos (fl. 11 y 195); registros civiles de nacimiento hijos de la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez y el causante (fls. 13 a 14 y 197 a 198); comunicación

[2] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

expedida por Colfondos de reconocimiento pensional a favor de los hijos del causante (fls. 15 a 18 y 186 a 187); contrato de administración de mesadas pensionales (fls. 19 a 23 y 216 a 219); declaraciones extra juicio allegadas por la demandante Ayda Lozano (fl. 24 y 196); solicitud de investigación formulada por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (fl. 25); cuestionario para compañera reclamante de pensión de sobrevivencia (fls. 26 a 30); contrato de arrendamiento de vivienda urbana (fls. 32 a 39); certificado de paz y salvo expedido por Bienco Inmobiliaria (fl. 40); certificados expedidos por los arrendadores José Orlando González y Gabriel Mojica Lobo (fls. 41 y 53); facturas de Directv y ETB (fls. 42 a 44); comunicación remitida al causante por el Banco de Occidente (fl. 45); solicitud entrega de cadáver formulada por la demandante y su respuesta (fls. 45 a 47); factura de servicios preexequiales (fl. 48); solicitud de prestaciones sociales y certificación expedida por la empresa Tecca (fls. 49 a 50); autorización de cremación (fl. 51); carnet expedido por la empresa Ecopetrol a nombre del causante (fl. 52); (fl. 28 a 33 y 107 a 144), copia del documento de identificación de la *tercera ad excludendum* Sandra Rosales Olabes y sus hijos (fls. 84 a 88); copia registros civiles de nacimiento de los hijos del causante y la señora Rosales Olabes (fls. 89 a 93 y 138 a 142); escritura pública de compraventa y constitución de patrimonio de familia con afectación a vivienda familiar (fls. 94 a 120); declaraciones extra juicio allegadas por la *tercera ad excludendum* (fls. 122 a 128 y 143 a 146), certificaciones expedidas por la Nueva EPS y el ISS (fls. 129 a 131 y 147 a 149); fotografías (fls. 132 a 136); comunicación suma adicional expedida por Mapfre Colombia (fl. 185, 188 y 442 a 445); solicitudes de reconocimiento pensional (fls. 191 a 192 y 201 a 202); copia del registro civil de nacimiento y documento de identidad del causante y la señora Ayda Cecilia Lozano (fls. 193 a 194); historia no válida para bono pensional (fls. 211 a 212); formulario de afiliación a la EPS Sura y certificación bancaria (fl. 222 y 223); seguro previsional de invalidez y sobrevivencia (fls. 237 a 243 y 457 a 484); comunicación

de reconocimiento pensional a favor de la señora Ayda Cecilia Lozano (fls. 267 a 272 y 280 a 285); acta de audiencia pública celebrada el 20 de diciembre de 2016 por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja y acta de audiencia pública celebrada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 1° de junio de 2017 (fls. 273 a 278 y 288 a 295); solicitud reconsideración reconocimiento pensión de sobrevivientes y tramitación ante Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (fls. 446 a 486); interrogatorio rendido por la demandante Ayda Cecilia Lozano y testimonios absueltos por Zoraida Miranda Patiño y Sandra Lucía Morales Lozano (audiencia denominada CD folio 1 y despacho comisorio del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que WILLIAM PARRA CAMPOS falleció el 4 de septiembre de 2014, folio 11; quien se encontraba vinculado al subsistema de seguridad social en pensiones a cargo de Colfondos S.A., logrando aportar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento como lo reconoce la encartada en comunicación de fecha 27 de enero de 2016 (folios 15 a 18), en la cual además se reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de 4 de los 6 hijos del causante, siendo igualmente otorgado el 50% restante a la demandante Ayda Cecilia Lozano (folios 267 a 272). Supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el causante y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez, o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el

tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente de afiliado (sentencia SL 1730-2020), o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 4 de septiembre de 2014 como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 11 del archivo denominado expediente unificado conteido en el expediente digital, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

> «***ARTÍCULO 12.*** *El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*
> *Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(…)*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (…)*
>
> ***ARTÍCULO 13.*** *Los artículos 47 y 74 quedarán así:*
> *Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante,* ***tenga 30 o más años de edad****. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (…)»* (Resalta fuera de texto)

De cara a lo anterior, del diligenciamiento se evidencia la consumación del presupuesto inicial por WILLIAM PARRA CAMPOS (q.e.p.d.), para la calenda de su deceso, al contar con 50 semanas dentro de los 3 años

anteriores, como así lo reconoció Colfondos S.A. en la comunicación datada 27 de enero de 2015, mediante la cual procedió a reconocer el 50% de la prestación aquí debatida a favor de 4 de sus hijos (15 a 18).

Sumando a ello, se constata que la fecha de natalicio de la señora SANDRA ROSALES OLABES lo fue el 20 de agosto de 1974 (fl. 84), lo que implica que para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 40 años de edad, cumpliendo así la solicitante con la exigencia legal para acceder al derecho pensional deprecado, referente a tener 30 o más años de edad.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiaria de la señora SANDRA ROSALES OLABES, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, debe indicar la Sala que conforme al reciente criterio jurisprudencial definido por la Corte Suprema de Justicia, no resulta exigible tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, la convivencia mínima de 5 años, cuando el causante tenía la calidad de afiliado a la fecha de su fallecimiento, tal como lo adoctrinó en la providencia SL 1730 de 2020, en la cual se indicó que:

> *«Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.*
>
> *(…)*
>
> *Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:*
>
> ***2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes***
>
> *Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la*

sentencia C-1176 de 2001, ***es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia****. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias* ***pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia****; también se* ***ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional****. Por esto, dijo la Corte,* ***con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada****.*

(…)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. ***En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes****.*

(…)

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

(…)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de ***afiliados*** *al sistema no pensionados, y la de* ***pensionados****, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

(…)

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, ***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, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

(…)

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado» (Negrilla y subraya fuera de texto).

Deviene de lo expuesto por la Alta Corporación, que la cónyuge o compañera permanente que persiga el reconocimiento de la condición de beneficiara de la pensión de sobrevivientes, por la muerte de un afiliado al Sistema General de Pensiones, solo le basta acreditar tal calidad y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia para el momento del óbito, no siéndole por tanto exigible, la demostración de un término de convivencia de 5 años.

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado,

velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Respecto al punto dilucidado, del análisis del material probatorio recaudado en primera instancia, se constata escritura de compraventa de bien inmueble y constitución de patrimonio de familia con afectación a vivienda familiar, de fecha 20 de agosto de 2009 en la cual el señor William Parra Campos aparece como comprador, y cuyo texto determina en la cláusula de afectación a vivienda familiar que la señora SANDRA ROSALES OLABES, con unión marital vigente con el causante y en condición de compañera permanente no compradora, manifiesta que ratifica lo indicado por su compañero en el sentido de que no posee otro bien inmueble afectado a vivienda familiar. (folios 94 a 120).

Igualmente, obra certificación expedida por el entonces Instituto de Seguros Sociales de fecha 31 de mayo de 2008, en la cual se indica que la señora SANDRA ROSALES OLABES ostenta la calidad de beneficiaria del señor William Parra, como cónyuge o compañera permanente (folio 130); en igual sentido, se cuenta con la certificación expedida por la Nueva EPS el 3 de noviembre de 2016, cuyo contenido establece que la citada *tercera ad excludendum* se encontraba afiliada a la entidad promotora de salud como beneficiaria del causante desde el 31 de julio de 2008, en condición de compañera, precisándose además, que su afiliación fue cancelada por muerte del cotizante, folio 129.

De otro lado, obran las declaraciones extra juicio rendidas por Carmen Elena Encinales Sanabria, Ana Raquel Ospino Carrillo y Sthepanie Parra Rosales, esta última en condición de hija del causante, quienes al unísono afirmaron que conocieron a la señora Sandra Rosales y les consta que sostuvo una relación de convivencia con el señor William Parar desde el mes de noviembre de 1987 y hasta la fecha su

fallecimiento, que tuvo lugar el 4 de septiembre de 2014; que de dicha unión procrearon 3 hijos, Stephanie, William y Luis Fernando Parra Rosales; amén que la señora Rosales Obales no trabaja, se dedica al hogar y no recibe ningún ingreso o subsidio del Estado, por manera que dependía económicamente de su compañero permanente (folios 122 a 126).

Sobre las probanzas anotadas en precedencia, debe indicar el Colegiado, que su valoración y análisis de manera independiente y separada, lógicamente no permite concluir la condición de beneficiara de la señora Sandra Rosales Obales respecto de la pensión de sobrevivientes debatida, pues la escritura pública de fecha 20 de agosto de 2009 y las certificaciones expedidas por el ISS y la Nueva EPS, por sí solas no tienen la virtud de demostrar que la *tercera ad excludendum* y el afiliado fallecido a la fecha del óbito sostenían una convivencia efectiva en condición de compañeros permanentes.

Empero, no deben pasar por alto las partes recurrentes, que el Juzgado de Conocimiento al reconocer el 25% de la prestación a favor de Rosales Obales, no sólo se sustentó en las documentales en referencia, sino también en las declaraciones extra proceso que se acaban de mencionar, y en las cuales los declarantes dan fe de una convivencia del causante y la señora Sandra Rosales por un período de 26 años, compartiendo lecho techo y mesa, y en virtud de la cual se procrearon 3 hijos, teniendo además la *tercera ad excludendum* una dependencia económica total respecto de su compañero permanente.

Posición que la Sala de decisión comparte a cabalidad, dado que dichas declaraciones gozan de valor probatorio, en tanto no se solicitó sobre ellas su ratificación por la parte contaría, y tienen la connotación de documentos declarativos emanados de terceros, en virtud de los artículos 222 y 262 del C.G.P.

De manera que, no les asiste razón a las recurrentes, en tanto indican que en el *sub judice*, no se encuentra acreditada la condición de compañera permanente de la señora Sandra Rosales Olabes con el causante y que ésta perteneciera a su núcleo familiar a la fecha del fallecimiento, como quiera las probanzas referenciadas, dan cuenta de lo contrario y de la existencia de una convivencia simultánea con la señora Ayda Cecilia Lozano, quien también sostenía una relación de convivencia con el señor William Parra Campos a la fecha de su muerte, como así lo estableció el A Quo en su decisión, y sobre lo cual no existe discusión alguna.

Siendo importante advertir, que las demás pruebas recaudadas no desdicen de lo anotado en precedencia, ya que los testigos traídos al proceso por la demandante Ayda Cecilia Lozano, únicamente tenían conocimiento sobre la relación que existió entre esta y el afiliado fallecido. Así, nótese que la señora Zoraida Miranda Patiño, al indagársele sobre Sandra Rosales Olabes, manifestó que no tuvo conocimiento de su existencia sino hasta el sepelio del causante; amén que la testigo Sandra Lucía Morales Lozano, si bien indicó que el señor William Parra no convivía con la *tercera ad excludendum* desde hacía muchos años, lo cierto es que la declarante en realidad no tiene conocimiento directo de dicha circunstancia, en tanto precisó que ello lo escuchó de boca del causante. (audiencia denominada CD folio 1 y despacho comisorio del expediente digital).

A lo anterior, se suma que la afirmación de la parte actora en su interrogatorio de parte, sobre la inexistencia de una relación de pareja entre el causante y la señora Sandra Rosales Olabes, no puede ser considerada por esta Sala de decisión, por cuanto no se trata de una manifestación que le desfavorezca; además de lo afirmado por la actora

en el cuestionario que le formuló la llamada en garantía el 26 de noviembre de 2014 (fls. 26 a 30), se advierte con claridad que por razones de su trabajo, el causante viajaba de manera constante a diferentes ciudades, circunstancia que reafirma lo hasta aquí expuesto por la Sala, dado que este tipo de situaciones, bien pueden propiciar la existencia de diversas compañeras permanentes y de convivencias simultáneas.

Y es por ello que, el reconocimiento de la condición de compañera permanente de la señora Ayda Cecilia Lozano, por parte del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja y la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, no tiene la fuerza suficiente para desvirtuar la existencia de una convivencia entre el causante y la señora Sandra Rosales, máxime que en el presente proceso existen documentos que así lo acreditan y que son idóneos para su demostración, en virtud del principio de la libertad probatoria.

Dimanando de lo anterior que, la señora Sandra Rosales Obales, en efecto es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que se discute, en el porcentaje definido por en primera instancia, dado que sobre ello no media ninguna discusión. Conduciendo a la confirmación del fallo de primer grado sobre el reconocimiento del derecho pensional a su favor.

EXCEPCIÓN DE PAGO

Se duele COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS de la resolutiva emitida por el Juzgado de Conocimiento, en tanto que este a pesar de reconocer que a la señora Ayda Cecilia Lozano le fue concedida la prestación de sobrevivientes por parte de la AFP, declaró no probadas las excepciones propuestas y le condenó a pagar a favor de la actora el

25% de la pensión desde el 4 de septiembre de 2014, lo cual representa para la sociedad un pago adicional sobre lo ya reconocido.

Sobre el particular advierte la Sala que, la demandada formuló en la contestación a la reforma de la demanda de Ayda Lozano, la excepción de pago y la inexistencia de la obligación de Colfondos de pagar las mesadas pensionales ya canceladas a la demandante, folio 488.

Igualmente, se constata que mediante comunicación de fecha 20 de febrero de 2018, Colfondos S.A., reconoció a favor de la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez en condición de compañera permanente, el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor William Parra Campos desde el 4 de septiembre de 2014 (folios 267 a 272); además, a folios 263 a 265 del diligenciamiento obra documento suscrito por el extremo activo, con el cual pretendió desistir de las pretensiones de su demanda, con sustento en el reconocimiento pensional efectuado a su favor por Colfondos S.A., expresando igualmente que *«Para el día 25 de abril del 2018, COLFONDOS deposita todos los dineros de la mesada pensional que no había recibido, es decir todo el retroactivo a lo cual tengo derecho».*

En ese orden, se tiene que en efecto está llamada a prosperar la excepción propuesta por la encartada, toda vez que viene pagando a la demandante Ayda Cecilia Lozano la pensión de sobrevivientes, incluso en un porcentaje superior al definido por el Juzgado, esto es en un 50%, desde la fecha de fallecimiento del causante, por tanto, resulta claro que no hay lugar a ninguna condena a título de retroactivo pensional a favor de la convocante, al no constatarse un saldo a su favor por tal concepto.

En tal virtud, habrá de revocarse la sentencia aquí estudiada, sobre este puntual aspecto, para en su lugar declarar probada la excepción de pago propuesta por la AFP Colfondos S.A. únicamente en relación

con el retroactivo pensional reclamado por la señora Ayda Cecilia Lozano Domínguez.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Pretende Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., la revocatoria de la decisión proferida por el A Quo en la cual le ordenó pagar la suma adicional requerida para la financiación de la pensión a que fue condenada Colfondos S.A., con sustento en que dicho emolumento ya fue cancelado en su totalidad a la citada AFP con ocasión al reconocimiento de la prestación de sobrevivientes a favor de los hijos del causante y la señora Ayda Cecilia Lozano en condición de compañera permanente.

Al punto, ha de recordarse que conforme al artículo 77 de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión; suma adicional que estará a cargo de la aseguradora.

En este orden de ideas, al encontrarse plenamente demostrado que, para la data del fallecimiento del causante, esto es, el 4 de septiembre de 2014 (folio 11), la póliza previsional tomada por Colfondos S.A. con Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. se encontraba vigente (folios 457 a 457), por mandato legal, a esta aseguradora le corresponde aportar la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto del derecho pensional reclamado.

Todo ello, a pesar, de haber asumido los valores adicionales por el reconocimiento de la prestación a favor de los hijos del causante y de

la demandante Ayda Cecilia Lozano, pues si la inclusión de una nueva beneficiaria como lo es la señora Sandra Rosales Obales, afecta en manera negativa el capital requerido para financiar la pensión, la llamada en garantía debe propiciar el saldo faltante, el cual en todo caso, deberá ser determinado por la aseguradora.

Por tanto, acertó el Juzgado al declarar que Mapfre Colombia Seguros Vida S.A., es responsable de las obligaciones que le corresponden a la demandada, completando el capital necesario para la pensión de sobrevivientes, si a ello hubiere lugar, dimanando en la confirmación del fallo impugnado en este aspecto.

COSTAS. La parte demandada COLFONDOS S.A. en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, la Juez de primer grado dispuso en la resolutiva condenar a la pasiva, COLFONDOS S.A., bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 4 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a la señora SANDRA ROSALES OLABE, en su condición de compañera permanente, en la proporción del 25%, a partir del 4 de septiembre de 2014, junto con los aumentos legales y mesadas adicionales y con derecho a acrecer conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 4 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, declarar probada la excepción de pago propuesta por **COLFONDOS S.A**., sobre las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante **AYDA CECILIA LOZANO,** desde el 4 de septiembre de 2014 hasta la fecha en que se profiere la presente sentencia.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A-quo* dado que la demandada COLFONDOS S.A resultó vencida en juicio, como así lo dispone el artículo 365 del CGP. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA LUCÍA RODRÍGUEZ APRAEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Briggite Natalia Carrasco Boshell** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.121.914.728 de Villavicencio y tarjeta profesional 288.455 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir S.A.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANA LUCÍA RODRÍGUEZ APRAEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la ING hoy PROTECCIÓN S.A., al igual que de la vinculación efectuada a la AFP Porvenir, teniéndose como válidamente afiliada al ISS hoy Colpensiones; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar los aportes en pensiones, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos su frutos e intereses o rendimientos; se condene a la administradora del RPM a aceptar su traslado, validar los aportes girados por la AFP, así como incorporarlos en su historia laboral; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho. (fls. 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 23 de agosto de 1962; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del

otrora ISS desde el 20 de junio de 1984; que en el mes de septiembre de 1997 se trasladó a la AFP ING hoy Protección, al ser persuadida por un asesor, quien solo le indicó para el efecto que se pensionaría a cualquier edad, sin brindarle ningún tipo de asesoría o información sobre las consecuencias de tomar la mentada determinación; que en septiembre de 2000 se vinculó a la AFP Porvenir, sociedad que le suministró una información sesgada sobre esta nueva afiliación, pues le refirió que el ISS desaparecería y que en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada, con un monto pensional mayor, gracias a sus rendimientos financieros; que solicitó a Colpensiones y a la AFP Protección el retorno al RPM, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable. Confluye indicando que elevó la misma petición a la AFP Porvenir, sin embargo, la misma no le ha sido resuelta por la citada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, la actora se trasladó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia del régimen, acotando que si esta decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, máxime que de las pruebas obrantes en el expediente no se evidencia algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación. Añade que se constata la negligencia de la demandante con relación a consultar su situación pensional, desconociendo así sus obligaciones como consumidora financiera, quien en todo caso no puede excusarse en el desconocimiento de la ley. Indica que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para Colpensiones tenerla como afiliada al RPM. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (fls. 100 a 117).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la ineficacia o subsidiariamente la nulidad de la afiliación, además, pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de las AFP; ya que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de símil año, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace solo a partir del inciso 4° del artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3. del Decreto 2555 de 2010. Aduce que no puede pasarse por alto la decisión de ratificación realizada por la demandante en los traslados horizontales realizados, toda vez que, este hecho ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como actos de relacionamiento, mediante sentencia SL413-2018, según la cual el pago de aportes y la solicitud de información, entre otros actos, generan manifestaciones inequívocas de la voluntad del afiliado, en el sentido de mantenerse dentro de alguno de los regímenes. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 175 a 204).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra aduciendo que la demandante de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación a la AFP Davivir hoy Protección, en el cual además, no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, amén que, los asesores de la sociedad fueron diligentes al brindar información verbal a la convocante respecto de las diferencias ente el RPM y el RAIS en lo que concierne a la modalidad pensional y el cambio de mesada pensional. Añade que no se demuestra error, fuerza o dolo que vicie el consentimiento de la actora, ni engaño en su buena fe que desemboque en la nulidad del acto o contrato. Concluye destacando que la señora Rodríguez no se encuentra vinculada a la AFP desde el 15 de agosto de 2000, en tanto firmó su solicitud de traslado a Porvenir S.A. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondos de pensiones Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 73 a 78).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 8 de marzo de 2021, resolvió **declarar** la nulidad de la afiliación que hiciere

la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su caso administran las AFP Protección y Porvenir S.A. para tenerla válidamente afiliada a Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones; **ordenar** a la AFP Protección a pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia al RPM, si fuere el caso, las cuales serán asumidas a cargo del propio patrimonio, incluyendo los gastos de administración y comisiones, para lo cual se conmina a Colpensiones para que realice las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiere lugar; **ordenar** a Colpensiones aceptar el traslado de la actora al RPM, debiendo resolver la solicitud pensional que le presente la afiliada; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Protección y a la AFP Porvenir; **sin costas** en contra de Colpensiones (Cd. a folio 403).

> Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que las AFP convocadas hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la nulidad de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** censuró el fallo de primera instancia, al

considerar, en síntesis que, al momento en que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de afiliarse a la AFP Porvenir, esta cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, conforme a los parámetros establecidos en las normas vigentes para el año 2000, de suerte que recibió la información necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias de la afiliación que estaba realizando. Agrega que la legislación para la época del traslado no exigía documentar la información brindada, y simplemente bastaba con la suscripción del formulario, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de suerte que exigir formalidades que no se encontraban en vigor, implica someter a las AFP a un imposible material y jurídico.

Manifiesta que la demandante también estaba en la obligación de informarse de sus condiciones pensionales, máxime que se trata de una persona experta en la materia, al tener la formación de abogada, resaltando que no hay una debilidad negocial en cabeza de esta ni una posición dominante de la AFP, pues la relación jurídica que las une es netamente contractual y reglamentaria, cuyas condiciones se entienden contenidas en la Ley 100 de 1993, que se presume de conocimiento público. Concluye indicando que es improcedente la condena impuesta por el Jugado de Conocimiento de devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro de la actora, incluyendo rendimientos y gastos de administración y comisiones, dado que los efectos de la nulidad, implican entender que esos dineros nunca fueron recibidos por la AFP y por ende, nunca se generaron esos rendimientos, amén que no hacen parte de las restituciones mutuas, la devolución de los gastos de administración y comisiones, dado que se trata de rubros que tiene una destinación legal, y ya fueron invertidos en la forma exigida por la ley, fundamentalmente, en lo atinente a obtener el incremento y la rentabilidad de los dineros, por manera que ya no se encuentran en poder de la sociedad.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, argumentando en síntesis que todas las entidades de seguridad social tienen el deber de cobrar los gastos de administración, que se encuentran establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por manera que no es procedente imponer condena tendiente a su devolución. Añade que cuando la actora se trasladó a la AFP Porvenir el 15 de agosto de 2000, trasladó todos los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, de suerte que al ordenarse el reintegro de lo descontado por gastos de administración, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, máxime que recibió unos rendimientos causados por una buena administración de Protección.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, formuló recurso de alzada, presentando como motivos de disidencia que, la entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la convocante en relación al traslado, además, se evidencia que se está afectando los intereses y la capitalización del fondo común, los cual pone en riesgo el pago de las pensiones de aquellas personas que durante roda su vida laboral han realizado sus aportes al RPM. Señala que el deber de información radica en cabeza de las AFP, y en especial, indagar bajo qué régimen desea seguir afiliado el interesado antes del tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, y es por ello que debe ser el fondo privado el llamado a asumir el estudio y reconocimiento pensional, bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM. Aduce que los efectos de la nulidad o la ineficacia de traslado no deben ser asumidos por Colpensiones, máxime que el deber de información, no radicaba en cabeza del otrora ISS.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la aquí demandante al Régimen de Ahorro _individual - RAIS realizado en el mes de agosto del año 1997 a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante desde el inicio se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación, en el cual señala todos las ventajas y desventajas de este régimen y las cuales fueron aceptadas por la actora, ya que no se evidencia el derecho de retracto por inconformidad alguna y sí guardo silencio por más de 20 años en pro de aceptación de la información brindada por parte del asesor del fondo privado, tiempo en el cual ha estado afiliada al RAIS ininterrumpidamente. Agrega que que la señora ANA LUCIA RODRÍGUEZ nació el 23 agosto 1962 y la reclamación administrativa solicitando nuevamente el traslado al RPM se realizó el día 17 mayo 2019, contando esta con 57 años de edad, por ende, sobrepasó el tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse y poder solicitar el traslado nuevamente de régimen. Señala que es claro que la obligación del fondo solo era la de brindar información, por los cual resulta desmedido exigirle que hubiere

realizado una proyección pensional o imponer el deber de asesoría y buen consejo cunado no se había impuesto esta exigencia, de suerte que es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

A su turno, la apoderada de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. indica que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Añade que no procede condena por la devolución de gastos de administración y concepto de primas de los seguros previsionales, al ser parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar, agregando que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que

implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la accionante.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. manifiesta que resulta totalmente improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, toda vez que esta orden proferida por el A Quo va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que en la redacción original en su artículo 20, dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, posteriormente fue ratificada en la Ley 797 de 2003, en su artículo 7. Igualmente, desconoce el fallador de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que, en la sentencia concede a la demandante la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de administración y los rendimientos que se generaron, olvidando por completo la gestión profesional realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente, situación que abiertamente perjudica a Protección.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su

cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 24 a 27 del paginario.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por ANA LUCÍA RODRÍGUEZ APRAEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 19); solicitudes elevadas ante Porvenir, Protección y Colpensiones, junto con sus respuestas (fls. 20 a 36, 82 a 83); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 37 a 41 y 123 a 127); historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 42 a 49 y 233 a 255); liquidación pensión RPM (fls. 60 a 63); verificación historia laboral para bono pensional (fl. 79); reporte estado de cuenta expedido por la AFP Protección (fls, 80 y 81) formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 21 y 87), expediente administrativo (Cd. a folio 22 a 23 y 68); historial de vinculaciones de

Asofondos (fl. 84 y 231); expediente administrativo (CD folio 122); formulario de afiliación AFP Porvenir (fl. 230); certificación expedida por la AFP Porvenir (fl. 257); comunicados de prensa (fls. 268 a 270); e interrogatorio de parte rendido por la demandante, los representates legales de la AFP Porvenir y Protección. (Cd. a folio 403).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse 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.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción***.
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

> *«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».*

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> *«… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros*

términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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 SL12136-2014).

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar

asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
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.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de***

prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

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

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

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

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al

precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de junio de 1984, tal como se advierte del reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por Colpensiones (folio 123), para luego trasladarse a la AFP Davivir absorbida por ING hoy Protección S.A. el 21 de agosto de 1997, con efectividad a partir del 1° de octubre de símil año (fl. 231); finalmente, se vinculó a la AFP Porvenir el 15 de agosto de 2000 con efectividad del 1° de octubre de la misma anualidad (fls. 230 y 257), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Davivir hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación, que en todo caso no fue arrimado al informativo.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que

para la época de su traslado, le fue indicado por la asesora de la AFP a la cual se trasladó, que el ISS sería liquidado, por manera que debía trasladarse al RAIS, en donde podría ahorrar su dinero y obtener rendimientos sobre el mismo; que no se le indicó la posibilidad que tenía de efectuar aportes voluntarios y tampoco se le explicó la figura del bono pensional. Agrega que, si bien es abogada, no conoce los pormenores del tema pensional, dado que esta no es su área, ya que se especializó en derecho administrativo. (Cd. a folio 403).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Davivir hoy Protección S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica, siendo lo procedente modificar la sentencia en este punto.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

> «*… la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*».

Ahora, atendiendo los reparos elevados por los profesionales del derecho de las administradoras del régimen de ahorro individual, respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no encuentra yerro en la disposición impartida por el Juez de primera instancia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del

precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».*

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es,* ***de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada****,* ***por*** *mesadas pensionales* ***o gastos de administración****...»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

> *«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:*
>
> > *«Del texto transcrito es razonable colegir que,* ***al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida*** *y cuáles no, la norma está precisando* ***la vinculación que produce efectos jurídicos*** *y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que* ***lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado****...*
> > *(...)»* (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, máxime que dichos emolumentos se tornan constitutivos de la fabricación del derecho pensional, por lo que no es dable a la AFP efectuar descuento alguno por dichos conceptos al momento de trasladar los dineros que percibió producto de la afiliación de la actora.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de $600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 8 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA LUCÍA RODRÍGUEZ APRAEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en el entendido de declarar la **INEFICACIA** del traslado al RAIS efectuado por la actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de $600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-
de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ STELLA RODRÍGUEZ DÍAZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **LUZ STELLA RODRÍGUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado desde el 23 de septiembre de 2018, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folio 14).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 13 y 14 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 22 de septiembre de 1961; se afilió al otrora ISS desde el 10 de abril de 1987; que laboró para la empresa Famepar Ltda. desde el 10 de mayo de 1994 hasta el 4 de junio de 2010, período en el cual la empleadora descontó los aportes para pensión que a ella le correspondían; que solicitó a la demandada realizar seguimiento a la empresa en mención, respecto de los períodos cotizados entre los años 2006 a 2010, anualidad esta última en la cual se reportó la novedad de retiro por parte de Famepar Ltda. Añade que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 297294 del 15 de noviembre de 2018, confirmada a través de la Resolución SUB 331064 del 27 de diciembre de símil año, bajo el argumento que cuenta únicamente con 1.150 semanas de cotización.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la actora no acredita el total de 1.300 semanas de cotización, por cuanto únicamente acredita 1.200,71, precisando que la empresa Famepar Ltda. entre el período comprendido entre diciembre de 2008 y julio de 2010, cotizó únicamente al Sistema de Salud y Riesgos Profesionales. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados

inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de intereses moratorios, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 48 a 54).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2020, resolvió **condenar** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez en 13 mesadas al año, a partir del 1º de enero de 2020, en cuantía inicial de $1.069.402, la cual deberá ser reajustada anualmente; **condenar** a COLPENSIONES a pagar a favor de la actora la suma de $10.694.015, a título de retroactivo pensional causado del 1º de enero al 31 de octubre de 2020, junto con las mesadas que se causaen en lo sucesivo, las cuales deberán ser indexadas hasta que se produzca la inclusión en nómina; **autorizar** a COLPENSIONES a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud y girarlo a la EPS de preferencia de la demandante; **declarar** no probadas las excepciones porpuestas y, **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 82).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, la accionada no puede negar la pensión deprecada por la actora a causa de la mora del empleador y la negligencia de la encartada en desplegar las acciones de cobro a que había lugar, advirtiendo que es procedente considerar en el conteo de semanas cotizadas los períodos noviembre de 2004, octubre de 2005, febrero y diciembre de 2006, enero a diciembre de 2007, enero a abril y julio a septiembre de 2008, al igual que diciembre de 2008 a abril de 2010, en los cuales se constata mora del empleador Famepar Ltda; también deben tenerse en cuenta los ciclos del 1º de septiembre de 1990 al 16 de noviembre de 1991, con el empleador Leso Industrial Colombia y del 1º de diciembre de 1992 al 7 de enero de 1993, con el empleador Exclusiva Sociedad Comercial; siendo procedente adicionar igualmente, los días descontados de los períodos septiembre de 1999, enero de 2005, mayo de 2008 y octubre a noviembre de 2008, para 289 semanas adicionales, que sumadas a las

reportadas en la historia laboral, arrojan un total de 1.498,72. Concluyendo que la actora acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada, dado que cumplió 57 años el 22 de septiembre de 2018, empero el goce de la prestación procede desde el 1° de enero de 2020, dado que la última cotización data del 31 de diciembre de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, la accionante no cumple los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, dado que acredita una densidad de semanas inferior a la mínima exigida por la ley, acotando que a pesar de que la entidad ha realizado todos los trámites tendientes a normalizar la historia laboral de la convocante, no ha sido posible establecer contacto con el empleador Famepar, por manera que no debe accederse al reconocimiento pensional, hasta tanto no se encuentre consumado ese proceso de normalización.

A su turno, **la parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada**, refiriendo en síntesis como motivos de disidencia que, cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez el 23 de octubre de 2018, por manera que es a partir de dicha data que debe ser reconocida la prestación por vejez, máxime que las anomalías en su historia laboral y la negligencia en el cobro de aportes por parte de la entidad demandada, se presentaron entre el 2006 y el 2010, circunstancias que de haberse subsanado a tiempo hubieren permitido el reconocimiento pensional, una vez completó las 1.300 semanas. En ese orden, solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional desde que cumplió la edad junto con la indexación de las sumas adeudadas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que la accionante no consolidó el derecho pensional que reclama, pues si bien acredita más de 57 años años, lo cierto es que solo cuenta con 1.214,43 semanas, es decir, una densidad inferior a las 1.300 mínimas que para el fecto requeire la Ley 797 de 2003. Agrega que, la señora LUZ ESTELLA RODRIGUEZ no cotizó el mes de diciembre del año 2008, el año 2009 y hasta el mes de Julio del año 2010. Concluyendo que no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, específicamente con el requisito de semanas mínimas cotizadas, motivo por el cual no es posible el reconocimiento pensional pretendido.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución SUB 297294 del 15 de noviembre de 2018 donde se alude la solicitud prestacional del 26 de octubre de esa anualidad, folio 3.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento, el recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el corroborar si la demandante cumple con las previsiones normativas para ser beneficiaria de la prestación pensional por vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo pensional e indexación, desde el 23 de septiembre de 2018.

PENSIÓN DE VEJEZ

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de las Resoluciones SUB 297294 del 15 de noviembre de 2018 y SUB 331064 del 27 de diciembre de 2018 (fls. 2 a 8); solicitudes de corrección de historia laboral (fls. 9 a 10), copia de documento de identificación de la demandante (fls. 11); reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls.25 a 38); respuesta a solicitudes de corrección de historia laboral (fls. 39 a 40) y expediente administrativo (Cd. a folio 47); probanzas de las cuales se colige, que LUZ STELLA RODRÍGUEZ DÍAZ nació el 22 de septiembre de 1961, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2018 cumplió 57 años de edad (fl. 11), en igual sentido, se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajadora dependiente e independiente desde el 10 de abril de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2019 (fls. 25 a 36); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda

instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Procede por tanto la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se advierte por parte de la demandante el acceso a la prestación por el riesgo de vejez, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 9º dispuso:

> «***ARTÍCULO 9o.*** *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)*»

Sobre el particular, necesario es precisar que le compete a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de construcción de la historia laboral bajo los parámetros del artículo 3 de C.P.A.C.A., a saber, en forma pronta, eficiente y trasparente a fin de lograr la progresividad en los derechos pensionales; siendo necesario, que en el citado documento se refleje el comportamiento contable de lo aportado, atendiendo la retribución salarial.

Razón por la cual, las administradoras de pensiones -en un sentir reflexivo- no son simples pagadores, sino que como administradoras están en la obligación de elaborar en forma trasparente y cronológica

la historia laboral de sus afiliados, recaudando y vigilando celosamente lo cotizado, siendo éstas las responsables ante los afiliados de los errores derivados de inexactitudes y omisiones en los datos de la historia laboral, estando obligadas a asumir las consecuencias que de tales errores se deriven, especialmente cuando a causa de estos se malogra el reconocimiento del derecho pensional. La anterior argumentación se sopesa en pronunciamientos de las Altas Cortes sobre asientos en la historia laboral, entre estas, la sentencia rad. 05001-23-33-000-2016-00462-01(AC) de 14 de julio de 2014 del H. Consejo de Estado, Consejera ponente María Claudia Rojas Lasso, así como por la H. Corte Constitucional al ser reiterativa en señalar la obligación de las administradoras de los fondos de pensiones en lo que atañe a mantener actualizada y proteger la información de los afiliados y, por lo tanto, ser responsables de los yerros e inconsistencias en que incurran frente los datos que han de constar (T-343 de 2014).

Determinaciones jurisprudenciales que conducen a evidenciar la responsabilidad que recae sobre las administradoras de fondos en la protección de los datos pensionales, máxime, cuando la relación entre afiliado y pensionado emana de la confianza depositada por la idoneidad de la entidad ante la complejidad propia del tema pensional, que a futuro le asegure una vejez. De manera que, fluye innegable la trascendental importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la labor encomendada por ley a las Administradoras de pensiones, por ser estas las llamadas a cumplir y dar vida a la seguridad social.

Se suma a lo anterior, que la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los casos de mora patronal, ha enseñado que la misma no puede ser trasladada al trabajador, quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien

debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios No. 1161 y 2633 de 1994. Decisión jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vista, entre muchas, en la sentencia rad. 43023 de 2012, al señalar:

> *«Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro»* (Subraya de la Sala)

Razones precedentes, que permiten entrever el acierto en la atención prestada por el *A quo* a la documental emanada de la misma administradora, referente a la historia laboral ordinaria y tradicional, donde relacionó los ciclos debidos por el patronal LESO INDUSTRIAL COLOMBIA S para el interregno de 1° de septiembre de 1990 a 15 de noviembre de 1991 que atañen a 58 semanas, así como la falencia en la cotización de LA EXCLUSIVA SOCIEDAD COMERCIAL del 1° de diciembre de 1992 al 7 de enero de 1993, lapso que representa 5,28 semanas; asimismo, sobre los períodos que se echan de menos en relación con el empleador FAMEPAR LTDA., esto es, 10 días de septiembre de 1999, noviembre de 2004, 26 días de enero de 2005, octubre de 2005, de febrero de 2006 a abril de 2008, un día de mayo de 2008, de julio a septiembre de 2008, 2 días de octubre y un día de noviembre de 2008, y de diciembre de 2008 a abril de 2010, para una densidad de 207,14 semanas (fls. 25 a 38 y Cd. a folio 47), denotándose que sobre este último empleador existe certificación laboral en el expediente administrativo que da cuenta de la vigencia de la relación laboral entre el 1° de enero de 1995 y el 4 de junio de 2010, interregno en el que también obra afiliación al Sistema General de Pensiones.

En tal contexto, al no acreditar la pasiva haber realizado el trámite de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, se tendrán como tiempos de aportes realizados al subsistema de seguridad social integral por los empleadores antes referidos y que presentan mora.

Por tanto, es dable concluir que la accionante cumplió con los lineamientos pensionales del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, en tanto que, cumplió 57 años el 22 de septiembre de 2018, data para la cual además reúne 1.419,41 semanas de cotización, resultantes de sumar las semanas en mora anteriormente referenciadas y las efectivamente reconocidas por la convocante en el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 25 a 38).

FECHA DE DISFRUTE Y CUANTÍA

En lo que atañe a la calenda de disfrute de la prestación, juzga conveniente recordar esta Colegiatura los lineamientos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, así:

> «***Art. 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.*** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su* ***desafiliación*** *al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*
> *(…)*
> ***ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social*** *se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»* (Resalta de la Sala)

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en

que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión juzga conveniente traer a colación la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, mediante la cual se consideró qué, si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 resulta aplicable para estos asuntos, lo cierto es que dicha normativa debe estudiarse e interpretarse en correlación a las particularidades fácticas que circunden el objeto prestacional, así las cosas, si la continuidad en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones después de efectuada la correspondiente reclamación administrativa, se dio en razón a la negligencia de la entidad administradora de pensiones y, además, no se incrementan los factores que integran la mesada pensional, resulta viable el reconocimiento de la pensión de vejez, según los hechos relatados en el mencionado proveído, para la data posterior a la solicitud de pensión.

Determinación que enseñó:

> *«En el caso bajo examen, se tiene que la actora efectuó reclamación a la entidad el 17 de mayo de 2005 como se expone en la ya mencionada resolución (…) (…) es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado,* ***además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS****. Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1º de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

'(…) ***tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional*** *(…)*

Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, ***consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones****."* (Resalta fuera de texto)

Alusión jurisprudencial que encuentra igualdad de considerandos en la sentencia SL 1353 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al doctrinar *«en esa perspectiva se advierte que, en este caso, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor al indicarle que debía cotizar semanas adicionales con base en una normativa que no era pertinente. (…) Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad»* (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que en la Resolución SUB 297294 del 15 de noviembre de 2018 (fls. 3 a 4) se avizora la solicitud pensional radicada el 26 de octubre de 2018; ratificado en Acto Administrativo SUB 331064 del 27 de diciembre de 2018; a través de las cuales indicaron de manera vehemente la ausencia de derecho a la pensión de vejez, empero, contrario a lo allí descrito y conforme se ha explicado *in extenso* en líneas anteriores, se corrobora que Rodríguez Díaz cumplía a cabalidad con los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que las falencias en sus semanas de cotización obedecieron a la omisión de la entidad administradora de pensiones en el despliegue de las acciones de cobro respecto a empleadores morosos.

Circunstancia anterior que, conllevó la continuidad en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión por la convocante hasta el 31 de diciembre de 2019. En esa medida, no cabe duda que el pago de cotizaciones posteriores ocurrieron por una clara desidia de la entidad administradora de pensiones – Colpensiones; hecho que no

puede ser trasladado a LUZ STELLA RODRÍGUEZ DÍAZ, quien al haber consolidado su derecho tuvo que continuar cotizando ante la negligencia de la entidad al estudiar la pretensión reclamada.

En esa medida, se tendrá como fecha de reconocimiento de la pensión el 23 de septiembre de 2018, día siguiente al cumplimiento de la edad mínima, como calenda de *petitum* en el recurso de apelación; a más que las cotizaciones adicionales no generaron un impacto ascendente en el *quantum* de la mesada, a pesar de haberse efectuado sobre los IBC equivalentes a $1.500.000 y $1.850.000, pues una vez realizada la correspondiente liquidación, se constata que a la actora le resulta más favorable su mesada pensional, si se desechan los aportes posteriores al 23 de septiembre de 2018.

Y es que, trasladándose a las preceptivas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se determina que para calcular el salario base de liquidación de la pensión debe tomarse el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuera inferior, siempre que haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que la activa es beneficiaria de las dos formas liquidatorias de la pensión, al lograr aportar durante toda su vida la suma de 1.484,85 semanas y 1.419,41 para la data de disfrute, siendo viable efectuar y escoger por favorabilidad la liquidación que le sea más benéfica; por tanto, la Sala procede a efectuar las correspondientes operaciones aritméticas con el promedio de los salarios cotizados durante los 10 últimos años, dado que al Juzgado de Conocimiento le resultó menos favorable la mesada pensional hallada con el promedio de toda la vida laboral.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, se obtiene una mesada pensional para el 23 de septiembre de 2018 equivalente a $1.014.191,80, la cual se halló aplicando una tasa de reemplazo del 67,87%, conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, monto pensional que al 1° de enero de 2020 equivale $ 1.086.208,00, y que indudablemente es superior a la mesada que se obtuvo si la pensión se reconoce desde el 1° de enero de 2020, como lo determinó el A Quo, pues para esta calenda la prestación asciende a $1.068.853,65, resultante de aplicar al IBL una tasa de reemplazo del 69,13%, siendo claro por tanto, que la actora es merecedora de su disfrute desde el 23 de septiembre de 2018, en cuantía inicial de $1.014.191,80.

De manera que se modificará la sentencia cuestionada en los términos anotados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folios 51).

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«…Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto…»* (Subraya y resalta la Sala). En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el

transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que RODRÍGUEZ DÍAZ logró su derecho a partir del 23 de septiembre de 2018 y radicó la demanda ordinaria laboral 12 de diciembre de 2019 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 17; así, es indudable que el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo.

De suerte que, habrá de condenarse al retroactivo pensional desde el 23 de septiembre de 2018, mismo que liquidado a 30 de abril de 2021 asciende a $36.459.268,9.

INDEXACIÓN

En lo que concierne a este punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral en la sentencia Rad. 36901 del 10 de mayo de 2011, enseñó que la corrección o actualización monetaria se aplica a todas las obligaciones laborales, como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo, dentro de lo que se encuentra el retroactivo:

> *«La Corte también ha asentado que si bien es cierto no existe texto legal que consagre la llamada 'indexación' o corrección monetaria de las obligaciones laborales, distintas hoy, por ejemplo, al ingreso base de liquidación de la pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 (artículo 21), como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo en economías inflacionarias como la nuestra, que es lo que la Corte entiende dio por acreditado el Tribunal en el presente asunto, también lo es que resulta en un todo atendible la actualización de su valor por haberse afectado por el retardo en el pago de la prestación, de suerte que, para tenerse por pagado totalmente el crédito laboral, y no habiendo el legislador dispuesto otra forma de*

compensar el dicho efecto, debe incluirse la corrección monetaria que permita mantener el valor del aludido crédito. En otros términos, la indexación no es más ni menos que la actualización del valor del crédito, no un concepto distinto al de su real valor, como lo son, verbigracia, los intereses de mora, los perjuicios, las sanciones, las indemnizaciones, etc»

En claro lo anterior y siguiendo los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, se confirma la orden para que las sumas reconocidas por concepto de retroactivo deberán cancelarse debidamente indexadas.

COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de $600.000.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a COLPENSIONES, reconocer y pagar a favor de la señora LUZ STELLA RODRÍGUEZ DÍAZ, la pensión de vejez en 13 mesadas al año, a partir del 23 de diciembre de 2018, en cuantía inicial $1.014.191,80, la cual deberá ser reajustada de manera anual, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** del proveído objeto de alzada, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional se genera desde el 23 de septiembre de 2018 y, que liquidado al 30 de abril de 2021, asciende al valor de **$36.459.268,9.**

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de $600.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310500920187901
DEMANDANTE : LUZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2020, aplicando el 67,62% para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual

Año 2009

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
23/10/09	***31/10/09***	*8*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 400.000,0*		
01/11/09	***30/11/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/12/09	***31/12/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
Total días		*68*			*$ 3.400.000,0*	*$ 50.000,00*	***$ 1.500.000,00***

Año 2010

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/10	***31/01/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/02/10	***28/02/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/03/10	***31/03/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/04/10	***30/04/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/05/10	***31/05/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/08/10	***31/08/10***	*29*	*773.000,00*	*25.766,67*	*$ 747.233,3*		
01/09/10	***30/09/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/10/10	***31/10/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/11/10	***30/11/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/12/10	***31/12/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
Total días		*299*			*$ 11.447.233,3*	*$ 38.285,06*	***$ 1.148.551,84***

Año 2011

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/11	***31/01/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/02/11	***28/02/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/03/11	***31/03/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/04/11	***30/04/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/05/11	***31/05/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/06/11	***30/06/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/07/11	***31/07/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/08/11	***31/08/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/09/11	***30/09/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/10/11	***31/10/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/11/11	***30/11/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/12/11	***31/12/11***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
Total días		*360*			*$ 9.600.000,0*	*$ 26.666,67*	***$ 800.000,00***

Año 2012

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/12	***31/01/12***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/02/12	***29/02/12***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/03/12	***31/03/12***	*30*	*900.000,00*	*30.000,00*	*$ 900.000,0*		

01/04/12	30/04/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
Total días		360			$ 10.600.000,0	$ 29.444,44	$ 883.333,33
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/02/13	21/02/13	23	413.000,00	13.766,67	$ 316.633,3		
01/03/13	31/03/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/04/13	30/04/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/05/13	31/05/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/06/13	30/06/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/07/13	31/07/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/08/13	31/08/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/09/13	30/09/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/10/13	31/10/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/11/13	30/11/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/12/13	31/12/13	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
Total días		353			$ 7.111.633,3	$ 20.146,27	$ 604.388,10
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/02/14	28/02/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 17.089.500,0	$ 47.470,83	$ 1.424.125,00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		

01/10/15	**31/10/15**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/15	**30/11/15**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/15	**31/12/15**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 18.000.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**
Año 2016							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/16	**31/01/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/16	**28/02/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/16	**31/03/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/16	**30/04/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/16	**31/05/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/16	**30/06/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/16	**31/07/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/16	**31/08/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/16	**30/09/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/10/16	**31/10/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/16	**30/11/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/16	**31/12/16**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 18.000.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**
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	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/17	**28/02/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/17	**31/03/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/17	**30/04/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/17	**31/05/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/17	**30/06/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/17	**31/07/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/17	**31/08/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/17	**30/09/17**	30	750.000,00	25.000,00	$ 750.000,0		
01/10/17	**31/10/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/17	**30/11/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/17	**31/12/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 17.250.000,0	$ 47.916,67	**$ 1.437.500,00**
Año 2018							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/18	**31/01/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/18	**28/02/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/18	**31/03/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/18	**30/04/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/18	**31/05/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/18	**30/06/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/18	**31/07/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/18	**31/08/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/18	**30/09/18**	23	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.150.000,0		
01/10/18	**31/10/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/18	**30/11/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/18	**31/12/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		353			$ 17.650.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**
Año 2019							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/19	28/02/19	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/19	31/03/19	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/19	30/04/19	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/19	31/05/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/06/19	30/06/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/07/19	31/07/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/08/19	31/08/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/09/19	30/09/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/10/19	31/10/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/11/19	30/11/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
01/12/19	31/12/19	30	1.850.000,00	61.666,67	$ 1.850.000,0		
Total días		360			$ 20.800.000,0	$ 57.777,78	**$ 1.733.333,33**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	68	69,800	103,84	1,488	$ 1.500.000,00	$ 2.231.518,62	$ 5.058.108,88
2010	299	71,200	103,84	1,458	$ 1.148.551,84	$ 1.675.078,97	$ 16.694.953,78
2011	360	73,450	103,84	1,414	$ 800.000,00	$ 1.131.000,68	$ 13.572.008,17
2012	360	76,190	103,84	1,363	$ 883.333,33	$ 1.203.902,52	$ 14.446.830,29
2013	353	78,050	103,84	1,330	$ 604.388,10	$ 804.095,59	$ 9.461.524,73
2014	360	79,560	103,84	1,305	$ 1.424.125,00	$ 1.858.737,31	$ 22.304.847,66
2015	360	82,470	103,84	1,259	$ 1.500.000,00	$ 1.888.686,80	$ 22.664.241,54
2016	360	88,050	103,84	1,179	$ 1.500.000,00	$ 1.768.994,89	$ 21.227.938,67
2017	360	93,110	103,84	1,115	$ 1.437.500,00	$ 1.603.157,56	$ 19.237.890,67
2018	353	96,920	103,84	1,071	$ 1.500.000,00	$ 1.607.098,64	$ 18.910.193,97
2019	360	100,000	103,84	1,038	$ 1.733.333,33	$ 1.799.893,33	$ 21.598.720,00
Total días	**3593**				**Total devengado actualizado a:**	**2020**	**$ 185.177.258,38**
Total semanas	**513,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 1.546.150,22**
Total Años	**9,98**					**Porcentaje aplicado**	**69,13%**
						Primera mesada	**$ 1.068.853,65**
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2020**	**$ 877.803,00**

Tabla Retroactivo Pensional

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal

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

Fecha liquidación martes, 4 de mayo de 2021 Recibe: _____

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO			
RADICADO: 11001310500920187901			
DEMANDANTE : LUZ RODRIGUEZ			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2018, aplicando el 66,04% para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual							
Año 2007							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
16/11/07	***30/11/07***	*15*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 400.000,0*		
01/12/07	***31/12/07***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
Total días		*45*			*$ 1.200.000,0*	*$ 26.666,67*	***$ 800.000,00***
Año 2008							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/05/08	***31/05/08***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/06/08	***30/06/08***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/10/08	***31/10/08***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/11/08	***30/11/08***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/12/08	***31/12/08***	*0*	*-*	*-*	*$ 0,0*		
Total días		*120*			*$ 6.000.000,0*	*$ 50.000,00*	***$ 1.500.000,00***
Año 2009							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/09	***31/01/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/02/09	***28/02/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/03/09	***31/03/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/04/09	***30/04/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/05/09	***31/05/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/06/09	***30/06/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/07/09	***31/07/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/08/09	***31/08/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/09/09	***30/09/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/10/09	***31/10/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/11/09	***30/11/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/12/09	***31/12/09***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
Total días		*360*			*$ 18.000.000,0*	*$ 50.000,00*	***$ 1.500.000,00***
Año 2010							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/10	***31/01/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/02/10	***28/02/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/03/10	***31/03/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/04/10	***30/04/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/05/10	***31/05/10***	*30*	*1.500.000,00*	*50.000,00*	*$ 1.500.000,0*		
01/08/10	***31/08/10***	*29*	*773.000,00*	*25.766,67*	*$ 747.233,3*		
01/09/10	***30/09/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/10/10	***31/10/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		
01/11/10	***30/11/10***	*30*	*800.000,00*	*26.666,67*	*$ 800.000,0*		

01/12/10	**31/12/10**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
Total días		299			$ 11.447.233,3	$ 38.285,06	**$ 1.148.551,84**
Año 2011							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/11	**31/01/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/02/11	**28/02/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/03/11	**31/03/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/04/11	**30/04/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/05/11	**31/05/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/06/11	**30/06/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/07/11	**31/07/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/08/11	**31/08/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/09/11	**30/09/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/10/11	**31/10/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/11/11	**30/11/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/12/11	**31/12/11**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
Total días		360			$ 9.600.000,0	$ 26.666,67	**$ 800.000,00**
Año 2012							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/12	**31/01/12**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/02/12	**29/02/12**	30	800.000,00	26.666,67	$ 800.000,0		
01/03/12	**31/03/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/04/12	**30/04/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/05/12	**31/05/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/06/12	**30/06/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/07/12	**31/07/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/08/12	**31/08/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/09/12	**30/09/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/10/12	**31/10/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/11/12	**30/11/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/12/12	**31/12/12**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
Total días		360			$ 10.600.000,0	$ 29.444,44	**$ 883.333,33**
Año 2013							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/13	**31/01/13**	30	900.000,00	30.000,00	$ 900.000,0		
01/02/13	**21/02/13**	23	413.000,00	13.766,67	$ 316.633,3		
01/03/13	**31/03/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/04/13	**30/04/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/05/13	**31/05/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/06/13	**30/06/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/07/13	**31/07/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/08/13	**31/08/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/09/13	**30/09/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/10/13	**31/10/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/11/13	**30/11/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
01/12/13	**31/12/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		
Total días		353			$ 7.111.633,3	$ 20.146,27	**$ 604.388,10**
Año 2014							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/14	**31/01/14**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,0		

01/02/14	28/02/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 17.089.500,0	$ 47.470,83	**$ 1.424.125,00**
Año 2015							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/15	31/01/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 18.000.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**
Año 2016							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/16	31/01/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 18.000.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**
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	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/17	30/04/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/17	31/05/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/17	30/06/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/17	31/07/17	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		

01/08/17	**31/08/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/17	**30/09/17**	30	750.000,00	25.000,00	$ 750.000,0		
01/10/17	**31/10/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/11/17	**30/11/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/12/17	**31/12/17**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
Total días		360			$ 17.250.000,0	$ 47.916,67	**$ 1.437.500,00**
Año 2018							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/18	**31/01/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/02/18	**28/02/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/03/18	**31/03/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/04/18	**30/04/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/05/18	**31/05/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/06/18	**30/06/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/07/18	**31/07/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/08/18	**31/08/18**	30	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.500.000,0		
01/09/18	**23/09/18**	23	1.500.000,00	50.000,00	$ 1.150.000,0		
Total días		263			$ 13.150.000,0	$ 50.000,00	**$ 1.500.000,00**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2007	45	61,330	96,92	1,580	$ 800.000,00	$ 1.264.242,62	$ 1.896.363,93
2008	120	64,820	96,92	1,495	$ 1.500.000,00	$ 2.242.826,29	$ 8.971.305,15
2009	360	69,800	96,92	1,389	$ 1.500.000,00	$ 2.082.808,02	$ 24.993.696,28
2010	299	71,200	96,92	1,361	$ 1.148.551,84	$ 1.563.450,06	$ 15.582.385,60
2011	360	73,450	96,92	1,320	$ 800.000,00	$ 1.055.629,68	$ 12.667.556,16
2012	360	76,190	96,92	1,272	$ 883.333,33	$ 1.123.673,27	$ 13.484.079,28
2013	353	78,050	96,92	1,242	$ 604.388,10	$ 750.509,86	$ 8.830.999,39
2014	360	79,560	96,92	1,218	$ 1.424.125,00	$ 1.734.869,22	$ 20.818.430,62
2015	360	82,470	96,92	1,175	$ 1.500.000,00	$ 1.762.822,84	$ 21.153.874,14
2016	360	88,050	96,92	1,101	$ 1.500.000,00	$ 1.651.107,33	$ 19.813.287,90
2017	360	93,110	96,92	1,041	$ 1.437.500,00	$ 1.496.321,56	$ 17.955.858,66
2018	263	96,920	96,92	1,000	$ 1.500.000,00	$ 1.500.000,00	$ 13.150.000,00
Total días	**3600**				**Total devengado actualizado a:**	**2018**	**$ 179.317.837,11**
Total semanas	**514,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 1.494.315,31**
Total Años	**10,00**					**Porcentaje aplicado**	**67,87%**
						Primera mesada	**$ 1.014.191,80**
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2018**	**$ 781.242,00**

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
23/09/18	31/12/18	4,09%	$ 1.014.192,00	4,26	$ 4.320.457,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.046.443,00	13,00	$ 13.603.759,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.086.208,00	13,00	$ 14.120.704,0
01/01/21	30/04/21	1,60%	$ 1.103.587,00	4,00	$ 4.414.348,0
				Total	$ 36.459.268,9

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

Fecha liquidación *martes, 4 de mayo de 2021* *Recibe:* _____

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANTONIO JOSÉ ALVARADO VALERO** CONTRA **IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL - MCI** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ANTONIO JOSÉ ALVARADO VALERO,** promovió demanda ordinaria laboral contra la **IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL - MCI**, pretendiendo la nulidad parcial de la conciliación celebrada el 15 de septiembre de 2009 respecto a los aportes a seguridad social en pensión; con consecuente, se condene al pago de los aportes pensionales del 16 de junio de 1997 a 1º de abril de 2000, del 1º a 30 de abril de 2000, del 1º de junio a 31 de julio de 2000 y del 1º de enero a 30 de noviembre de 2005 y, con el salario realmente devengado los del 6 de enero de 2000 a diciembre de 2001, del 1º a 30 de febrero de 2002 y del 1º de diciembre de 2005 a 30 de enero de 2006, costas y agencias en derecho, folios 8 a 13[2].

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 8 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que ingresó a trabajar al servicio de la entidad religiosa convocada desde el 16 de junio de 1997 hasta el 26 de enero de 2006; que inicialmente el contrato fue celebrado de manera verbal, pero a partir del 1º de enero de 2000 suscribió contrato laboral a término indefinido, para desempeñar el cargo de Director Centro Médico M.C.I, teniendo como último salario la suma de $2.200.000 mensuales, más un 30% de comisiones sobre las consultas externas y laboratorio, para una base promedio mensual de $7.000.000. Agrega que promovió demanda laboral contra el extremo pasivo, por las prestaciones laborales y aportes a seguridad social por los años que no fue afiliado, proceso que fue del conocimiento del Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del cual las partes

[2] La parte demandante también peticionó en su pretensión primera de la demanda que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 16 de junio de 1997 y el 26 de enero de 2006, sin embargo, mediante auto del 30 de julio de 2020, el Juzgado de Conocimiento declaró probada la excepción previa de cosa juzgada, decisión que fue revocada parcialmente por el Colegiado, mediante providencia del 29 de octubre de 2020, para en su lugar, ordenar al A Quo continuar con el asunto judicial respecto de las pretensiones relacionadas con la solicitud de nulidad parcial de conciliación y el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social reclamados, dejando incólume el reconocimiento de la cosa juzgada sobre la declaratoria del contrato de trabajo. (folios 294 a 306).

suscribieron un acuerdo de conciliación por el valor de $90.000.000 por las pretensiones de la demanda a pesar que los derechos pensionales no son conciliables. Afirma que la encartada lo afilió a seguridad social solo hasta el año 2000, y no realizó los aportes en pensión de forma continua, ni por el valor del salario realmente devengado.

CONTESTACIÓN: La demandada **IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL – MCI** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la acción de nulidad parcial se encuentra claramente prescrita, al haber transcurrido 10 años entre la celebración de un acuerdo de conciliación o transacción aprobada ante le Juzgado Noveno Laboral del Circuito Judicial de Bogotá y la notificación de la demanda ordinaria laboral. Añade que no existe prueba sobre la invalidez o ineficacia del acuerdo conciliatorio, máxime que a la fecha en la cual se presentó la demanda, mediaba controversia frente a la existencia del supuesto vínculo laboral, no pudiendo llegar a la conclusión que la conciliación *per se* implicó la aceptación del contrato de trabajo, y por ende, la certeza de los derechos reclamados; sumando que el actor ratificó el acuredo conciliatorio y recibió las sumas de dinero acordadas. Concluyendo que no falta ninguno de los requisitos esenciales o formalidades para la validez de la conciliación judicial, no media objeto o causa ilícita, y mucho menos declaración de incapacidad absoluta; tampoco concurre vicio alguno que conlleve a la nulidad relativa del acto. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados legalidad y validez de la conciliación o transacción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, excepción de respeto por el acto *propio "venire contra pactum proprium nellí conceditur"*, buena fe, mala fe del demandante, prescripción, y la genérica (folios 188 a 210).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 2 de febrero de 2021, resolvió **absolver** a **IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL – MCI** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante; declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, validez del acuerdo conciliatorio y cosa juzgada y **condenar** en costas a la parte actora. (Cd. folio 311).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme a lo manifestado en la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por el actor, no se presentó ningún vicio en el consentimiento durante la suscripción del acta de conciliación, al ser claro el extremo activo en indicar que para el efecto no medió ningún tipo de coacción o apremio; sumando a ello que, coinciden las partes en indicar que en el trámite jurisdiccional conocido por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, existía una discusión entre ellas sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, por manera que los aportes a seguridad social conciliados por los sujetos aquí en contienda, no tienen la connotación de ciertos en indiscutibles en aquélla oportunidad, lo cual era bien conocido por el actor, porque en últimas optó por celebrar el acuerdo conciliatorio.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de reparo que, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia son derechos ciertos e indiscutibles, aquellos sobre los cuales no hay duda alguna respecto a la existencia de los hechos que les dan origen y existe certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Aduce que la celebración de un acuerdo conciliatorio no obedece solamente a la incertidumbre sobre la existencia o no del derecho pretendido, pues ello también tiene lugar porque se desea evitar un conflicto jurídico que represente un desgaste para las partes, que fue lo ocurrido en el presente caso, porque en el expediente existen innumerables documentos y pruebas, como las que dan cuenta de los

aportes realizados por la demandada al Sistema General de Seguridad Social, que refieren la certeza de los derechos que fueron objeto de conciliación y que por disposición del Tribunal en decisión anterior, podían tener un control jurisdiccional, de cara a la validez y eficacia del acuerdo.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: La parte demandante allegó escrito de alegaciones de conclusión en el que consideró que el argumento del juez de primera instancia no es de recibo, pues el análisis sobre si lo aquí reclamado se trata de derechos ciertos e indiscutibles no puede partir de la forma en que terminó el proceso laboral en el año 2008, pues no se puede atribuir o calificar como derecho incierto y discutible, la solicitud de pagos a aportes de pensión por el solo hecho de que previamente el conflicto entre las partes terminó por vía de conciliación judicial. Refiere que al momento de suscribir la conciliación el 15 de septiembre de 2009, estaba bajo la convicción de obtener una solución práctica y rápida de sus derechos pretendidos, pero nunca buscó renunciar a su derecho fundamental a la seguridad social; agregando que la entidad religiosa IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL – M.C.I., consignó parcialmente a su fondo de pensiones, unos períodos de aportes a pensión, tal como se observa en el historial de semanas cotizadas obrante en el expediente, demostrando el nexo existente entre las partes. Agrega que en el expediente obran abundantes pruebas documentales que evidencian la existencia de un contrato laboral entre las partes, tales como contrato de trabajo, recibos de pago de nómina, certificaciones laborales, entre otras. Y aunque el objeto del litigio hoy

en apelación no es demostrar la existencia de un contrato, si se encamina en demostrar que las pruebas indicadas demuestran que se trataba de derechos claramente ciertos e indiscutibles a los cuales se les debe dar el rango constitucional, y que por lo tanto su violación conlleva a la invalidez de la conciliación.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[3], el determinar si se consuman los lineamientos para declarar la nulidad parcial del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 15 de septiembre de 2009, en particular, en relación con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

CONCILIACIÓN JUDICIAL – NULIDAD

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, contrato de trabajo a término indefinido (fl. 33 y 266 a 267), acta de condiciones

[3] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

de manejo Departamento Médico M.C.I (fls. 34 a 45); historia laboral para bono pensional (fls. 36 a 37); historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 38 a 46); comunicación expedida por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (fl. 47); certificación expedida por la demandada (fl. 48); acuerdo de conciliación suscrito entre las partes (fl. 49, 82 a 83 y 228); fallo de tutela de fecha 8 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá (fls. 50 a 54); auto del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual aprueba el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes (fls. 55 a 56 y 225 a 227); derechos de petición elevados por el actor y sus respuestas (fls. 58 a 70, 85 a 86 y 212 a 213); cuentas de cobro (fls. 87 a 177) demanda promovida por el actor contra el extremo pasivo y escrito de subsanación (fls. 71 a 81 y 214 a 223), aceptación terminación del contrato (fl. 211), comprobantes de egreso (fls. 229 a 234); informes de prenómina (fls. 238 a 261), certificados de ingresos y retenciones (fl. 262); formularios de afiliación EPS Sanitas, ISS y caja de compensación (fls. 263 a 265); comprobantes de pago (268 a 280); testimonios e interrogatorios de parte rendidos por los señores Elkin Gamba Velásquez, Angélica Vera Martínez, el demandante y el representante legal de la pasiva (medio magnetofónico a fl. 311), probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que las partes en contienda celebraron acuerdo conciliatorio con el fin de dar por terminado el litigio laboral 2008 958 tramitado ante el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el cual fue aprobado por dicha autoridad judicial mediante auto del 15 de septiembre de 2009, disponiendo además, el archivo de las diligencias (fls. 225 a 228); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Liminarmente, juzga conveniente recordar, que la institución de la conciliación se trata esencialmente de un acuerdo de voluntades sometido a una solemnidad *ad substantiam actus*; y por ser un acto o

declaración de voluntad, queda sujeta para su validez y eficacia a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil.

Sobre dicho instituto, ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL410-2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo que *«...la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corte se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, en principio, es inmutable, siempre y cuando sea aprobada por autoridad competente, su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no produzca lesión a la Constitución Política y a ley. En caso contrario, el juez estará en la obligación de restarle efecto».*

En cuanto a su validez en materia laboral, ésta depende de si dicho acuerdo ha versado sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, ya que no podrían afectarse los derechos ciertos e indiscutibles, pues se precisa recordar que en materia laboral rige el principio tuitivo en favor del trabajador, bajo la premisa de que la ley laboral tiene, según el artículo 1° del Estatuto Adjetivo Laboral, como *«finalidad primordial la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»* y, que para la interpretación de las normas labores, ha de tomarse como norte la finalidad expresada en dicho artículo.

Es por ello que en asuntos del trabajo, el artículo 13 del C.S.T. contiene una proposición jurídica inexpugnable en cuanto aclara que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de prestaciones; por lo que todo pacto realizado con vulneración de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

Tal como lo enseño la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia con Rad. 46702 del 6 de agosto de 2014, al

indicar:

> *«La autonomía de la voluntad de las partes de un contrato de trabajo y su poder de disposición no son absolutos, sino que están expresamente limitados por el legislador, en los términos de los artículos 13, 14 y 15 del CST, en desarrollo de los principios fundamentales establecidos en el artículo 53 constitucional denominados «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales» y «facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles».*
>
> *De tal manera que los contratantes de la relación laboral subordinada deben respetar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico laboral, las cuales constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor del trabajador, y tener en cuenta que, por su carácter de orden público, los derechos y prerrogativas en ellas contenidas son irrenunciables, por tanto i) no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo, y ii) se considera válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando verse sobre derechos ciertos e indiscutibles»*

De manera que, atendiendo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, procede esta Sala de Decisión a definir si con conciliación judicial celebrada entre las partes en conflicto ante el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá se afectan o no derechos ya definidos y por tanto ciertos. Categoría que ha sido entendida por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en proveído con radicación 32051 de 17 de febrero de 2009, al adoctrinar:

> *«Al respecto, se comienza por recordar que esta Sala de la Corte ha explicado que "… el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto,* ***un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad****. Lo que hace, entonces, que un derecho sea* ***indiscutible*** *es la certeza sobre la realización de las* ***condiciones para su causación*** *y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)»*

Ahora, en lo que comporta al documento suscrito, tendrá que señalarse que en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante éste refirió haberlo firmado de manera libre, consciente y voluntaria, por lo que, al no evidenciarse ni invocarse ningún vicio en el consentimiento habrá de concluirse su validez desde esta óptica, como así lo asentó el A Quo. (Cd. a folio 311).

En lo que atañe a su contenido, se observa a folio 49 que las partes pactaron lo siguiente:

> *«ANTONIO JOSE ALVARADO VALERO Y ELQUIN GERMAN GAMBA VELASQUEZ, ambos mayores de edad y vecinos de esta ciudad...actuando en nuestra calidad de partes dentro del proceso de la referencia, manifestamos muy respetuosamente Señora Juez, nuestro deseo voluntario y de común acuerdo de llegar a una* ***CONCILIACIÓN*** *ante el proceso* ***Ord. No. 2008-958****, con el fin de dar por terminado el litigio laboral entablado en su Despacho en aras de realizarlo ante Su Autoridad como legalmente se indica:*
>
> 1. *La cuantía a la cual hemos acordado se entregará con el fin de finiquitar definitivamente el litigio equivale a* ***NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL VIGENTE ($90`000.000.00****).*
> 2. *El dinero en mención se cancelará en seis (6) contados, respaldados mediante cheques.*
> 3. *La forma de pago será la siguiente:*
>   - *Cheque No. 725605 por valor de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS ($25`000.000.00) que se pagarán el día 30 de septiembre de 2009.*
>   - *Cheque No. 725606 por valor de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS ($25`000.000.00) que se pagarán el día 30 de octubre de 2009.*
>   - *Cheque No. 725607 por valor de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10`000.000.00) que se pagarán el día 30 de noviembre de 2009.*
>   - *Cheque No. 725608 por valor de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10`000.000.00) que se pagarán el día 30 de diciembre de 2009.*
>   - *Cheque No. 725609 por valor de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10`000.000.00) que se pagarán el día 30 de enero de 2010.*
>   - *Cheque No. 725610 por valor de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10`000.000.00) que se pagarán el día 28 de febrero de 2010.*
> 4. *Manifestamos que en el presente acuerdo QUEDAN INCLUIDOS LOS HONORARIOS del apoderado de la parte demandante.*
> 5. *Manifestamos bajo la gravedad del juramento que a través de esta conciliación toda actuación laboral pretendida entre las partes en la demanda interpuesta se entiende cancelada y por lo tanto hace tránsito a casa juzgada (...)»*

Acuerdo que fue aprobado por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de

Bogotá mediante providencia del 15 de septiembre de 2009, disponiendo a su vez el archivo de las diligencias, previa desanotación de los libros radicadores (folios 82 a 83).

De cara a los derechos conciliados y con referencia a las pretensiones que son materia de debate en el presente asunto, se tiene que ciertamente fueron objeto de conciliación los aportes al Sistema de Seguridad Social por los años que no fue afiliado el demandante por cuenta de la organización religiosa llamada a juicio, dado que dichos conceptos fueron parte de los pedimentos formuladas en la demanda correspondiente al proceso 2008-958 como se observa a folio 72 del paginario.

Acuerdo que, como con acierto lo estableció el *A quo,* no comporta derechos ciertos e indiscutibles como así lo refiere la parte actora, pues los reclamos *demandatorios* no configuran aquella precisión jurisprudencial de certidumbre y realidad, en tanto, hay *«duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad»*, a voces de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en la determinación jurisprudencial preanunciada.

Nótese como en el anterior asunto jurisdiccional, identificado con el número de radicado 2008 958, el demandante propuso la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre él y la Iglesia Misión Carismática Internacional MCI, desde el 16 de junio de 1997 hasta el 26 de enero de 2006, y en consecuencia se condene a la encartada, entre otras cosas, al reconocimiento y pago de la seguridad social por los años que el actor no fue afiliado (folios 71 a 81); relación laboral que no se advierte aceptada por la llamada a juicio en aquel proceso, pues ni siquiera se allega al informativo la contestación de la demanda que fuere presentada por esta en aquélla

oportunidad, no encontrado probada esta Sala de Decisión, la inexistencia de discusión y debate en torno a la relación laboral que sustenta las acreencias laborales reclamadas y con base en las cuales se pretende la nulidad del acuerdo conciliatorio referenciado en líneas anteriores.

Situación que lejos de evidenciar un actuar desconocer de derechos ya consumados a favor del demandante, evidencia su incertidumbre, dado que conforme al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, durante la vigencia de la relación laboral, el empleador está llamada a efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones a favor de sus trabajadores, de manera que, si sobre la misma media discusión sobre su existencia y sus extremos, no es procedente sustentar la certeza y exigibilidad de los aportes reclamados, dado que es el contrato de trabajo el hecho generador de la obligación de sufragarlos a favor del empleado.

En esa medida, no puede concluir la Sala que las partes en el proceso 2008 958, decidieron conciliar derechos laborales ciertos e indiscutibles, por cuanto no media evidencia que en aquel proceso existía claridad sobre la relación laboral que allí alegó el demandante, y si bien en el acápite de prueba este referenció contrato de trabajo de fecha 1° de enero de 2000 (fl. 77), lo cierto es que ello no está llamado a alterar la conclusión a la que llegó el Juzgado y que apoya este Colegiado, como quiera que los extremos laborales propuestos en el anterior proceso fueron otros, se *itera*, 16 de junio de 1997 y 26 de enero de 2006; sumado a que tampoco se observa prueba indiscutible del finiquito en una fecha cierta del contrato de fecha 1° de enero de 2000, lo cual ratifica la tesis que parte de la existencia de debate en relación con el contrato de trabajo alegado y sus extremos.

Por tanto, la Sala encuentra que los derechos laborales aquí reclamados y sobre los cuales se concilió, no tiene la connotación de ciertos e indiscutibles, por ende las partes sí podían haber pactado sobre su existencia y pago, razón por la cual el acuerdo a que llegaron sobre tal aspecto está llamado a surtir todos sus efectos, no siendo atendible el reparo que efectúa el recurrente con base en las documentales aportadas en el presente proceso, pues sustenta su disidencia en documentales que ni siquiera fueron allegadas en el radicado 2008 958, como lo es la historia laboral expedida por la AFP Porvenir visible a folios 38 a 46, la cual fue expedida con posterioridad a dicho asunto, esto es, el 23 de mayo de 2019.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el A quo. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de la parte demandante apelante, al no salir avante los reparos formulados. Se fijan como agencias en derecho la suma de $100.000. Liquídense en primera instancia.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el día 2 de febrero de 2021, dentro del proceso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ordinario laboral seguido por **ANTONIO JOSÉ ALVARADO VALERO** contra **IGLESIA MISIÓN CARISMÁTICA INTERNACIONAL - MCI,** conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el A quo. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de la parte demandante apelante, al no salir avante los reparos formulados. Se fijan como agencias en derecho la suma de $100.000. Liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ DE LA CRUZ PEÑALOZA NORIEGA** CONTRA LA SOCIEDAD **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV y CIA LTDA, ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: **JOSÉ DE LA CRUZ PEÑALOZA NORIEGA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Escenografías y Montajes TV y Cia Lta desde el 1 de octubre de 2011 al 17 de enero de 2017, el cual terminó por causas imputables al empleador; que se declare que las empresas temporales Allanza Enlace Temporal, Allanza Temporal Recurso Humano y Apoyo Temporal Recurso Humano fueron simples intermediarias y deben responder en forma solidaria; se declare como salario las sumas pagadas en forma adicional al trabajador; que tiene derecho al pago de recargos y horas extras; como consecuencia de lo anterior se condene a la Empresa Escenografías y Montajes TV y CIA LTDA a reliquidar aportes y contribuciones al sistema de seguridad social en salud y pensión; se condene a Escenografías y Montajes TV y Cia Ltda a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo adeudado por concepto de cesantías, recargos de horas extras, festivos y dominicales, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, indemnización por no consignación de cesantías y por despido sin justa causa y demás rubros dejados de percibir; a reconocer derechos ultra y extra petita y al pago de costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias reclama se condene a las empresas de servicios temporales a responder por las obligaciones, causadas entre Alianza Enlace Temporal y demandante entre el 1 de octubre de 2013 al 30 de septiembre de 2014 y del 1 de octubre de 2015 al 30 de septiembre de 2016; así mismo entre la actora y Allianza Temporal Recurso Humano del 1 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2015; consecuencias de las anteriores declaraciones, se tenga como salario las sumas adicionales a las pagadas por su servicio; se declare que

entre las partes tiene conceptos de recargo y horas extras; se condene a reliquidar aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión; a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo adeudado por concepto de cesantías, recargos de horas extras, festivos y dominicales, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, indemnización por no consignación de cesantías y por despido sin justa causa y demás rubros dejados de percibir (fl. 2 a 22).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos advierte; que empezó a trabajar en la empresa Escenografías y Montajes TV y CIA LTDA desde el 1 de octubre de 2011 al 17 de enero de 2017, en el cargo de carpintero; que recibió órdenes y estuvo bajo subordinación del representante legal de Escenografías y Montajes; la vinculación con la enunciada fue con empresas temporales; del 1 de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2012, con Alianza Enlace Temporal; del 1 de octubre de 2012 al 30 de septiembre de 2013 con Alianza Temporal Recursos Humanos; del 1 de octubre de 2013 al 30 de septiembre de 2014 con Alianza Enlace Temporal; del 1 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 con Alianza Temporal Recursos Humanos; del 1 de octubre de 2015 al 30 de septiembre de 2016 con Alianza Enlace Temporal; del 1 de octubre de 2016 al 17 de enero de 2017 con Apoyo Temporal Recurso Humano; las liquidaciones de los contratos fueron pagadas en forma tardía con todas las empresas temporales y por ello, se decide terminar el contrato, por causa imputable al empleador a partir del 17 de enero de 2017; que las empresas temporales se negaron a recibir la carta de renuncia y por ello, la misma fue remitida por correo certificado; las empresas temporales hacen parte del Grupo Empresarial Alianza Temporal; que le eran pagados emolumentos adicionales a su salario base; que cumplía un horario de trabajo; que trabajaba en horario adicional y no le eran reconocidas las horas extras

o recargos; que en varias ocasiones se acercó a solicitar copia de su historia laboral, pero le fue negada la solicitud.

CONTESTACIÓN:

ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV Y CIA LTDA al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, entre las partes no existió ningún vínculo laboral y por ende tampoco era procedente declarar la solidaridad con las empresas de servicios temporales;
Excepciones. Como medios exceptivos propuso los de falta de causa y título para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción y compensación (fl. 212 a 219)

Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, fundado en que no fue celebrado ningún contrato en forma continua con su representada; que el contrato fue liquidado a su debido tiempo; que el demandante en los extremos indicados no laboró con Escenografías y Montaje TV Cia Ltda, sino con la temporal que representa.
Excepciones. Formuló las de prescripción, pago; falta de causa y de título para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido y buena fe (fl 260 a 269).

Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda, negó la existencia del contrato de trabajo en forma continua, el contrato celebrado con el demandante fue pagado en su debida oportunidad; el contrato era con la temporal y no con la empresa Escenografías y Montajes.
Excepciones. Alegó la prescripción, pago, falta de causa y título para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; buena fe (fl. 327 a 334).

Alianza Enlace Temporal, planteó su negativa en la declaración de la existencia del contrato, al considerar que su representada era la empleadora del demandante y canceló a la finalización del vínculo todas las prestaciones al demandante

Excepciones. Formuló, prescripción, pago, falta de causa y título para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; buena fe (fl. 372 a 381).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2021; **declaró** que entre el demandante y la empresa Escenografías y Montajes existió una relación laboral regida por un contrato a término indefinido del 1 de octubre de 2012 al 17 de enero de 2017; **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 15 de junio de 2014; **declaró** que las sociedades, Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S., Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda y Alianza Enlace Temporal S.A.S., habían desconocido la prohibición legal de superar el tiempo del trabajador en misión y consecuencia de ello, eran responsables solidarios del pago de las acreencias laborales; **condenó** a Escenografías y Montajes TV Y CIA LTDA y solidariamente a Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S., Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda. y Alianza Enlace Temporal S.A.S, a pagar la reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido indirecto debidamente indexado; reajuste del IBC al sistema de seguridad social en pensiones; indemnización moratoria; absolvió de las demás pretensiones; **condenó** en costas a las demandadas.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Fundamentó su decisión en que;

"…En ese punto entonces, debemos precisar que la causa invocada por el demandante está debidamente demostrada dentro del expediente, tal y como se puede corroborar sin dificultad de las liquidaciones de cada uno de los contratos, así entonces, tenemos uno de los contratos terminó el 30 de septiembre de 2015 sin embargo, siendo obligación del empleador haber cubierto las acreencias sociales respectivas, esta obligación solo fue cubierta hasta el día 30 de noviembre de 2016, según se puede extraer del documento 103, es decir, 10 meses después.

En el caso del contrato terminado el 30 de septiembre de 2016 la liquidación de acreencias se efectúa el 30 de noviembre de 2016, conforme obra a folio 406, es decir, la empleadora dejó transcurrir dos meses y finalmente en el contrato que terminó el 17 de enero de 2017 y que obra a folio 30 se puede observar que la liquidación le fue cubierta al trabajador, el 22 de febrero de 2017.

Lo que significa entonces que, en efecto tuvo éxito el demandante en demostrar esa causal que invocó al momento de tomar la decisión de terminar el contrato según misiva que dirigió oportunamente a la empresa usuaria de sus servicios, por tanto quedó comprobado que la demandada fue finalmente, la que con su conducta omisiva, de tardanza y mora en el pago de acreencias en cada contrato, fue la que provocó la renuncia del trabajador, lo que constituye argumento suficiente para condenar al pago de la indemnización por terminación del contrato en la modalidad de despido indirecto…

…
En el caso que nos ocupa entonces, ninguna circunstancia puede entenderse como constitutiva de buena fe, por parte del empleador, teniendo en cuenta las circunstancias que se analizaron previamente, es decir, y de estas resalto, que acudió a la contratación de personal del demandante a través de la figura de empresas de servicios temporales que desconocieron en todos los momentos esa prohibición, es limitación temporal que establece la norma para contratar bajo esa figura. La empleadora ESCENOGRAFIA Y MONTAJES CIA Ltda., acudió a esa figura desconociendo no solo ese límite de tiempo, sino además contrató al demandante para desempeñar labores que eran propias de las actividades y de las labores que desarrollaba dentro de su objeto comercial e industrial
…
Así entonces y para efectuar la condena a moratorios esta se hará en relación a la terminación de contrato, por lo menos, la forma en que las demandadas quisieron presentar la terminación de los contratos y la fecha en que se efectuó el pago de prestaciones sociales. Para el año 2015, el contrato terminó el 30 de septiembre de 2015 y el trabajador recibió lo correspondiente al auxilio de cesantía solamente hasta el día 30 de noviembre de 2016, luego de trascurridos 360 días, lo que representa ese mismo tiempo de mora; en consecuencia, teniendo en cuenta un salario de $864.350 que está compuesto por el salario mínimo legal vigente para ese año, más el valor de $220.000 que devengaba el

trabajador, se confirma esa base salarial y se condena a una moratoria de $10.372.200. En el caso del contrato que terminó el 30 de septiembre de 2016, al demandante le fueron cubiertas sus prestaciones sociales el día 30 de noviembre de 2016, es decir, luego de transcurridos 60 días, por lo que la mora se establece en esos días y representa un total de $1.818.910 teniendo como base salarial la suma de $909.455, que componen el salario mínimo legal vigente más ese concepto que pagaba la empleadora adicional de $220.000 Monea corriente.

Esa moratoria nos arroja $12.190.910 y finalmente, en relación con el último contrato, pues considera el despacho que frente a este contrato no procedería la moratoria en la forma que se depreca, pues el contrato terminó por decisión del trabajador el día 17 de enero de 2017 y la liquidación la recibe el 22 de febrero de 2017, es decir, que alcanzó a transcurrir un plazo razonable para el pago de las acreencias respectivas, por esa razón, entonces, no se condenará en relación a este último contrato (56:09)….

…

Y finalmente, en relación al reajuste de acreencias sociales en la forma que finalmente se determinó, es decir, correspondientes hago la precisión, en un total de $1.184.384 valor que corresponde a ese reajuste de acreencias, pues el despacho considera que dentro de este valor hay un componente que corresponde a un auxilio de cesantías, a un reajuste de cesantías y a unas primas de servicios que no le fueron cubiertas oportunamente al trabajador, por lo que, también hay lugar a imponer esa indemnización moratoria a razón del salario mínimo legal mensual vigente, para el año 2017, salario diario entre el 17 de enero de 2017 y el 17 de enero de 2019, corresponde a los 24 meses que establece la norma. Se condenará al pago de esta indemnización moratoria."

RECURSO DE APELACIÓN:

Las demandadas, Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S., Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda. y Alianza Enlace Temporal S.A.S, a través de su apoderado manifestaron su oposición a la sentencia proferida, argumentando para tal efecto que, el Juez de primera instancia impuso condena por sanción moratoria y tal pretensión fue incoada como subsidiaria y no como principal, por otro lado, por cuanto, al declararse la existencia de un solo vínculo contractual, no podía imponerse dicha penalidad por los años 2015 y 2016; adicionalmente, que ha operado el fenómeno de prescripción, respecto a acreencias laborales causadas con anterioridad al año 2016, al no haberse notificado en debida forma a las empresas temporales en el término de un año, por lo que, este medio exceptivo debe declararse

desde el auto que declaró la nulidad de lo actuado; que los argumentos para condenar a la indemnización por despido indirecto, fueron establecidos respecto a hechos acaecidos 16 meses antes de la terminación del contrato y por ello, solicita la revocatoria de este concepto (récord 1:08:17).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el apoderado de las empresas de servicios temporales Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S., Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda. y Alianza Enlace Temporal S.A.S, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], en primer lugar, si era viable declarar

[2] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

probada la excepción de prescripción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 95 del Código General del Proceso, al haberse notificado la demandada después de un año de su admisión; en segundo lugar se abordará el estudio de la indemnización moratoria, en los rubros e interregnos de tiempo señalados por el A quo y si al haber sido incoada esta pretensión como subsidiaria y no como principal, se podía imponer la enunciada sanción; en tercer lugar, se establecerá si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el *sub judice* no existe debate en cuanto a que entre el demandante y la empresa Escenografías y Montajes TV y Cía. Ltda., existió un vínculo laboral entre el 1 de octubre de 2012 y el 17 de enero de 2017 y como responsables solidarias las empresas Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S., Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda. y Alianza Enlace Temporal S.A.S, pues así lo encontró probado el A quo y no fue objeto de debate en esta instancia, en la medida en que la encartada en el recurso de alzada no negó la relación laboral, sino la imposición de sanción moratoria, la indemnización por despidió indirecto y la prescripción.

PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El apoderado de las condenadas solidariamente solicitan se aplique el término prescriptivo contenido en el artículo 95 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral, para tal efecto, debemos traer a colación lo dispuesto en el artículo 488 del CST, consagra:

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

Así mismo, el artículo 151 del CPL señala:

> *"..Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual..."*

Descendiendo al caso objeto de estudio, debe tenerse en cuenta que, a pesar de haberse suscritos varios contratos de trabajo, entre el demandante y las empresas temporales, en la sentencia judicial, se concluyó, que entre las partes solo había existido una única relación laboral, entre el 1 de octubre de 2012 al 17 de enero de 2017.

En tal sentido, partiendo de la base que con la presentación de la demanda, dicho término se interrumpió, empero, para que ello ocurra, ha de analizarse lo dispuesto por el artículo 94 del CGP, el cual dispone:

> ***"Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.*** *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad* ***siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.*** *Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la* ***notificación*** *al demandado."* (Resaltado de la Sala)

Norma esta que no es de aplicación automática, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencias 38010 del 2 de julio de 2014 y en

la más reciente 56998 del 15 de marzo de 2017, ésta última en la que reitera la 10166 del 18 de febrero de 1998, al indicar:

> *«..la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente, por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado..»*

Siendo ello así, se tiene que el auto que admitió la demanda data del 12 de octubre de 2017 (fl. 141), el cual se notificó por estado al demandante el 13 del mismo mes y año, luego la demandada tenía hasta el mismo día y mes del año 2018, para notificar el mismo, a fin que con la presentación de la demanda, se interrumpa el término prescriptivo.

Dicho lo anterior, se observan las siguientes actuaciones procesales con posterioridad a la emisión del auto admisorio de la demanda

El 26 de enero de 2018 fue allegada constancia del trámite de la citación a las empresas Alianza Enlace Temporal S.A.S.; Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S.; Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda (FL. 143 del expediente digital); en las que se señala como fecha de admisión de la remisión de los documentos, el 31 de enero de 2018 y como fecha probable de entrega el 1 de febrero de 2018; la segunda y tercera constancia, establece como fecha de entrega el 21 de diciembre de 2017; constancias de entrega del 21 de diciembre, siendo estas positivas (fl. 144; 145; 146, 148, 151, 155).

La promotora del litigio el 15 de febrero de 2018 allegó certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa demandada y consecuencia de ello, solicitó al juzgado de conocimiento autorización para efectuar el trámite de notificación a la dirección allí reportada y el

mismo día allega certificado de remisión de la citación efectuado a la nueva dirección, y solicita el emplazamiento ante el desinterés de la parte en notificarse del introductorio (fl. 156 y 162 del expediente digital).

El 10 de abril de 2018, se aporta certificación del envío del aviso de citación remitido a las demandadas el 31 de enero de 2018 y se solicitó el emplazamiento de las demandadas solidarias y para acreditar su pedimento, allegó copia del auto admisorio cotejado y certificaciones de los envío realizados (fl. 165 a 182 del expediente digital).

El *A quo* con proveído del 10 de julio de 2018 ordenó el emplazamiento de las demandadas y designó curador ad litem para que las representara en la litis (fl. 183).

El 12 de julio de 2018, se notifica en forma personal de la demanda al abogado de la empresa Escenografías y Montajes S.A.S., de la demanda y en la misma data, el apoderado de la parte activa del litigio allegó nuevo certificado de Existencia y Representación de la demandada, en el que se registró la nueva dirección de la pasiva e informa sobre su transformación de limitada a una Sociedad por Acciones Simplificada -S.A.S.- (fl. 205; 206).

El 12 de octubre de 2018 fue allegada la constancia de publicación del edicto emplazatorio efectuado a las demandadas solidarias (fl. 229-230).

El 16 de octubre de 2018, notificada el 17 de octubre de la misma anualidad, el juzgado ordenó designar de la lista de auxiliares de justicia a un curador ad litem para que representara a las

codemandadas y requirió a la parte actora para que allegara la copia cotejada del edicto emplazatorio (fl. 232).

Al no ser posible la designación del curador, desde enero de 2018, como lo deja registrado el Despacho en auto del 30 de noviembre de 2018, notificado el 3 de diciembre de 2018, se decide nombrar a un curador ad litem de la lista de auxiliares que tiene el mismo Despacho y este se notifica personalmente, tan solo el 12 de febrero de 2019 y contesta el petitum el 26 de febrero de 2019 (fl. 234, 236, 242)

De acuerdo al requerimiento efectuado por el Despacho en octubre, el apoderado de la parte actora el 25 febrero de 2019 allega el trámite de emplazamiento realizado (fl. 237).

El 11 de junio de 2019 se profiere auto, señalando fecha para llevarse a cabo audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio contentiva en el artículo 77 del Código Procesal Laboral, Modificado por la Ley 1149 de 2007; sin embargo, en la fecha señalada, que lo fue el 21 de agosto de 2019, se declaró la nulidad de lo actuado, se notificó por conducta concluyente a las demandadas solidarias y concedió el término legal para que contestaran la misma (fl. 245, 259).

Dicho lo anterior, se observa que el demandante remitió el citatorio en diciembre de 2017 y allegó la constancia respectiva en enero de 2018, que verificada la dirección de la empresa usuaria por la parte demandante, informó al despacho sobre tal situación, solicitó autorización para realizar la notificación y procedió a realizarla, conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal acopiado, y a renglón seguido solicitó su emplazamiento, al verificar la renuencia de las convocadas a juicios para comparecer a notificarse.

Que el pedimento del emplazamiento data de febrero de 2018, sin embargo, la resolución a tal solicitud fue resuelta en julio de 2018, en forma positiva al demandante.

En lo atinente a las demandadas solidarias, a pesar de haberse remitido los citatorios y estos ser positivos, las mismas no comparecieron a notificarse de la demanda y por ello, fueron emplazadas, sin embargo, se tuvo tropiezos a la hora de designar curador ad litem, dado que, el aplicativo de la Rama Judicial para efectuar tal procedimiento, conforme lo informó el Juez de conocimiento, en auto señalado previamente, no estuvo en funcionamiento desde enero hasta noviembre de 2018, por lo que, en dicho interregno de tiempo, la designación de curador no fue posible, por razones ajenas a la parte actora.

Por otro lado, no se pasa inadvertido, que una vez notificado el curador ad litem de las demandadas solidarias y efectuarse el trámite de publicación del edicto emplazatorio y de haberse fijado la fecha para la celebración de la audiencia que trata el artículo 77 del Código Procesal Modificado por la Ley 1149 de 2007, se hacen presentes las codemandadas.

Que el apoderado de las demandadas propuso incidente de nulidad, por indebida notificación de la demanda y el Juez en la enunciada diligencia, resuelve declarar la nulidad, a partir del auto que "*…tuvo por surtida en debida forma la notificación a través del emplazamiento y la designación de Curador Ad-Litem a las codemandadas mencionadas*".

Conforme a ello, resulta evidente que la empresa usuaria fue notificada dentro de los términos legales y las demandadas solidarias se

notificaron trascurrido más de un año desde la notificación por estado del auto admisorio de la demanda al demandante (12 de octubre de 2017).

Sin embargo, de las actuaciones surtidas en primera instancia, no se evidencia una negligencia por parte del apoderado del demandante al efectuar el trámite de la notificación, por el contrario, lo que se observa es diligencia en su actuar, al buscar la notificación de las llamadas a juicio, adquiriendo los Certificados de Existencia y Representación Legal de las demandadas, solicitar autorización para el cambio de dirección y al no comparecer estas a notificarse solicitar su emplazamiento y posteriormente efectuar la respectiva publicación en un diario de amplia circulación.

El citatorio fue remitido dentro de los dos meses siguientes a la notificación del auto admisorio (sin tener en cuenta la vacancia judicial de diciembre a enero del siguiente año), la autorización del cambio de dirección y emplazamiento de la demandada principal, a los veinte días siguientes a allegarse el trámite del citatorio.

A los dos meses siguientes, es decir, en abril se aportó el cotejo del envío de la citación contenida en el artículo 292 del Código General del Proceso y al ser estos positivos, solicitó el emplazamiento.

A pesar de haberse solicitado en abril el emplazamiento, este es ordenado en proveído de julio de 2018, pudiéndose materializar esta actuación tan solo hasta el 12 de febrero de 2019, cuando el abogado designado por el Despacho se acercó a la secretaría a notificarse de la demanda; advirtiéndose, que, el aplicativo creado para la designación de auxiliares de justicia, no estaba en funcionamiento desde enero hasta noviembre de 2018, es decir, por el término de 10 meses.

Sin embargo, durante dicho interregno de tiempo, el proceso no se quedó estancado, ya que, se notificó al apoderado de la demandada principal, se publicó el edicto emplazatorio, por lo que, la designación del curador y su respectiva posesión, son hechos ajenos y por ende no atribuibles como responsabilidad de la parte actora.

Consecuencia de lo anterior, es que considera esta Colegiatura que, en el presente caso, se vislumbra una actitud evasiva de las demandadas, al no comparecer al proceso, una vez fueron notificadas o recibidas las correspondientes citaciones, tanto del 291 como del 292 al cual nos remitimos por integración normativa del artículo 145 del Estatuto Laboral, con los que se procuraba su comparecencia, y de los cuales tuvo conocimiento, pero a las que hizo caso omiso, al no comparecer al Juzgado a notificarse y solo presentarse hasta la audiencia de conciliación, proponiendo incidente de nulidad, al considerar que las citaciones no habían sido efectuadas en forma idónea, esto con el fin de revivir términos procesales ya fenecidos para contestar el introductorio y los cuales fueron revividos al declararse la nulidad de lo actuado por parte del sentenciador de primer grado, aún cuando el artículo 29 del Código Procesal Laboral, establece en forma clara que el edicto emplazatorio "*se efectuará en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 318 del Código del Procedimiento Civil y* ***no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido***".

Luego entonces, no se puede sancionar una conducta diligente de la parte actora, al procurar la notificación de las demandadas, remitiendo las correspondientes citaciones (291 y 292), dentro de un plazo razonable y al ser estas positivas, se deja entrever que la omisión a concurrir al despacho y por ende notificarse de la demanda, es incuria de la parte convocada a juicio, con el fin, de dilatar el proceso.

Por otro lado, se presentaron sendas situaciones, que impidieron el decurso normal del trámite litigioso, al citar a los demandados y estos ser renuentes a comparecer y por ende requerirse su emplazamiento, la designación de un curador, para que defendiera los intereses de los convocados a juicio y su posterior emplazamiento o publicación en un diario de amplia circulación y declararse la nulidad de la actuación, al considerarse que la publicación del edicto no había sido efectuado en debida forma, aún cuando la norma señala que este requisito debe ser cumplido hasta antes que se profiera la sentencia de primera instancia, no son hechos atribuibles o reprochables al actuar de la parte actora.

Así las cosas, no es posible declarar la excepción de prescripción establecida en el artículo 95 del Código General del Proceso, al demostrarse en esta instancia, que el actuar de la parte actora fue de buena fe y diligente, situación diferente a la colegida de las apelantes.

En lo atinente a la prescripción descrita en la normatividad laboral, deberá indicarse que, la relación laboral feneció el 17 de enero de 2017 y suplicó el pago de prestaciones a las demandadas 15 de junio de 2017 e incoó demanda ordinaria laboral el 24 de agosto de 2017, conforme al acta de reparto allegada al cartulario, coligiéndose que la misma fue presentada dentro del término señalado en el artículo 488 y 151 del estatuto laboral y la prescripción aplicada por el A quo fue aplicada en forma correcta (fl. 113)

INDEMNIZACIÓN MORATORIA – ARTÍCULO 65

1. **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**

Persigue la parte actora demandada se revoque la sentencia, en lo atinente al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, al considerar que, la misma era una pretensión subsidiaria y el juez no debió condenar a dicho concepto; aunado a lo anterior, por cuanto, liquidó dos indemnizaciones moratorias, cuando se declaró solo una relación laboral.

Para resolver el asunto en controversia, debe indicar esta colegiatura, en primer término, que revisadas las pretensiones de la demanda, se verifica que, en efecto, la enunciada sanción fue incoada como una pretensión subsidiaria y no principal, en tal aspecto, debe precisarse que, la indemnización moratoria reclamada tiene una naturaleza principal y no consecuencial, es decir, no depende de la declaratoria de otra pretensión para su reconocimiento, basta con demostrar la mala fe en la mora en el pago de prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual, para que opere o se reconozca tal sanción a favor del demandante.

En segundo lugar, el juzgador encontró protuberante el quebranto frente a la norma que regula la contratación de personas en misión a empresas usuarias, estableciéndose una conducta carente de buena fe, situaciones fácticas que lo llevó a imponer la eludida sanción.

Se considera en tercer lugar, que a pesar de no haberse indicado en forma clara por el juzgador de primera instancia, que el estudio de tal pretensión se hacía de acuerdo a las facultades ultra y extra petita, se entenderá que el pronunciamiento fue realizado en este aspecto y al haber quedado demostrada en forma clara la carencia de buena fe de las convocadas a juicio.

En este aspecto, deberá indicar esta Colegiatura que aún cuando fue incoada como una pretensión subsidiaria, del estudio de la demanda, se encontraron pruebas que demostraron conductas lesivas por parte de las convocadas a juicio y que llevaron al estudio de la enunciada pretensión como principal y no como subsidiaria, por lo que, en este aspecto, no se hará reproche alguno al juzgador de instancia.

2. CAUSACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACION MORATORIA

En el segundo punto objeto de reproche, frente a la imposición de la sanción moratoria, se comparten los argumentos esgrimidos por el sentenciador de primera instancia, en lo atinente, al actuar omisivo y por ende, carente de buena fe de las empresas usuaria y de servicios temporales, al vincular, enviar y recibir en misión al demandante, quebrantando los términos y requisitos plasmados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como lo son, reemplazar a un empleado, que se encuentra en vacaciones, licencia o incapacidad por enfermedad o realizar una actividad en forma ocasional, accidental o transitoriamente, lo anterior, obedeciendo a que, el vínculo contractual señalado en el presente litigio, se mantuvo desde el año 2012 hasta el 2017.

Colofón a lo anterior, se trae a colación lo dispuesto en el artículo 65 del C.S. del T.

> *"…1.* ***Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos****, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo…"*

De la normativa laboral, tenemos que, en la presente litis, fue declarada la existencia de un vínculo laboral, entre José de la Cruz Peñaloza Noriega y la sociedad Escenografías y Montajes Tv y Cia ltda desde el 1 de octubre de 2012 y el 17 de enero de 2017, estableciéndose que las empresas, Alianza Enlace Temporal S.A.S., Alianza Temporal Recurso Humano Sas y Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda., como responsables solidarios.

En lo atinente a la indemnización moratoria, descrita en el literal "e" del numeral cuarto de la sentencia objeto de reproche, la misma fue argumentada en la "*…mora en el pago del reajuste ordenado en esta sentencia de auxilio de cesantía y primas de servicio…*", debido a que encontró demostrado un actuar exento de buena fe, por parte de las demandadas y tal principio no fue alegado en la apelación.

Así las cosas, al encontrarse acreditado un actuar en contravía de las disposiciones contenidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y mantener una conducta carente de buena fe al contratar al demandante fuera de los límites temporales y sin observancia de los requisitos mínimos exigidos en la enunciada Ley y no haberse pagado los rubros en forma completa al retiro de la empresa demandada, no quedaba camino diferente al reconocimiento de la eludida sanción.

Así las cosas, se confirmará la condena impuesta por el Juzgador de primera instancia, en lo concerniente a la imposición de sanción moratoria a cargo del verdadero empleador y solidariamente contra las empresas usuarias, fijado en cuantía diaria de **$27.361,9,** enunciado en el literal "e" del numeral 4 de la sentencia objeto de reproche.

Respecto al reconocimiento y pago de una tercera sanción moratoria aparentemente causada por los contratos celebrados en los años 2015

y 2016, la que fue argumentada en que "…*esta se hará en relación a la terminación de contrato, por lo menos la forma en que las demandadas quisieron presentar la terminación de los contratos y la fecha en que se efectúo el pago de prestaciones sociales…*" (58:17 audio expediente digital).

De los argumentos esgrimidos en instancia, se establece que erró el juez de conocimiento al reconocer la indemnización en la forma como lo hizo, teniendo en cuenta que la normativa laboral, establece en forma clara, que la sanción moratoria se reconoce y por ende se ordena pagar, por la mora del empleador en pagar la liquidación de prestaciones sociales **a la finalización del vínculo contractual,** luego entonces, al declararse un único vínculo laboral de 2012 a 2016, se itera, mal podía ordenarse el reconocimiento de esta sanción en los años 2015 y 2016 por el *A quo*[3], ya que ello, va en contraría de la normatividad laboral e implicaría una doble sanción por este concepto.

Debe recordarse que durante la vigencia del vínculo contractual procede el reconocimiento y pago de sanción por no consignación de cesantías contenido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, hasta el finiquito contractual pero no la sanción contenida en el artículo 65.

Así las cosas, habrá de revocarse el literal "d" del numeral cuarto de la eludida sentencia, al ir en contravía a la relación laboral declarada por el mismo sentenciador unipersonal.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO

[3] Sentencia SL17025-2016, Radicación No. 47977 del 16 de noviembre de 2016, Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6° del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5° de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la *«decisión unilateral»* tanto del trabajador como del empleador.

El parágrafo del art. 62 y 63 CST modificados por el art. 7° del Decreto 2351 de 1965 establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Señalando además de manera expresa que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

En cuanto al Despido indirecto o renuncia motivada nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado entre otras en la sentencia SL 2412-2016 se exponen unos requisitos con el fin de acreditar o probar la inmediatez entre la ocurrencia de la conducta del empleador, que lo llevó a tomar la decisión de rescindir el contrato;

> *"..Empero, existen ocasiones en la que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.*
>
> *Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.*
>
> *Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.*

Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

No obstante lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada.

En este asunto, como el mismo recurrente lo pone de presente en la demostración del cargo, resulta incuestionable que el actor conoció acerca de la omisión en el pago de aportes pensionales por parte de su empleadora, «desde Julio 25 de 2001» (fl. 7 C. de la Corte), fecha en la cual afirma haberle comunicado sobre el particular, mientras que su decisión de dar por concluido el vínculo laboral con fundamento en tal situación, únicamente la presentó el 7 de marzo de 2008, esto es, después de más de 6 años y 7 meses. A pesar de ello, no expone razones que justifiquen tal dilación en su determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, pues aun cuando refiere «conocer con amplitud y sobrado conocimiento las normas laborales», simplemente se limitó a manifestar sobre el particular que «le dio la oportunidad a la demandada que corrigiera los errores».

De lo anterior, se tiene que en el sub lite, la determinación del Tribunal, basada en la sana crítica, en torno a la «falta de inmediatez» entre el hecho analizado como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo –falta de cotizaciones- y la decisión de renunciar tomada por el accionante, no comporta un decisión, carente de sustento -como lo afirma el censor al señalar que no existe norma alguna que estime el término que se debe tener como prudencial para tales efectos-, menos aún violatoria de las normas que integran la proposición jurídica, pues como quedó dicho tal cuestión es un requisito indispensable para la configuración del despido indirecto que, no obstante no encontrarse consagrado legalmente, ha tenido un amplio y decantado desarrollo jurisprudencial.

Así, le correspondía al censor demostrar de manera diáfana que la tardía decisión de renunciar -respecto de la situación fáctica alegada, obedeció a cuestiones justificables y a ello había lugar únicamente por la senda fáctica, que no por la directa escogida.

Luego entonces, es el demandante quien tiene la carga probatoria, que se da en los casos en que el trabajador se ve obligado a finalizar

unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal B) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965. Señalando además que:

> *"…si es el empleador quien toma la determinación de finalizar el contrato de trabajo de forma unilateral, podrá hacerlo, atendiendo alguna de las justas causas para ello imputables al trabajador en los términos del literal A) del último artículo citado, o sin justa causa si, precisamente, carece de aquella motivación, asumiendo las consecuencias pecuniarias previstas en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *Ahora bien,* ***cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.***
>
> *Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el «despido indirecto», la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también* ***le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.***
>
> *Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)."*

En el presente caso se allegó a folio 106 la renuncia presentada por el promotor del litigio digitada a la empresa Apoyo Temporal – Área de recursos humanos en la cual se señaló lo siguiente:

> *"Los últimos tres contratos celebrados con la empresa – antes del actual-, con vigencia de un (1) año cada uno y con fecha de inicio el primero de estos el 1° de octubre de 2013 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2014, del segundo con fecha 1° de octubre de 2014 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2015 y el tercero 1° de octubre de 2015 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2016. Han presentado cada uno de ellos MORA INJUSTIFICADA en el pago de su respectiva liquidación con lapsos de mora de más de ocho (8) meses, doce (12) meses y dos (2) meses respectivamente para cada contrato. A pesar de los meses de mora la liquidación que pagó la empresa no contempla ninguna clase de remuneración o emolumento por el tiempo en mora"*

Conforme a lo anterior, es claro para la Sala, que no acertó el fallador de primera instancia, cuando señaló que en el presente caso se podía hablar de la existencia de un despido indirecto y pretender que se le pague al demandante una indemnización por la extinción del vínculo laboral, cuando su renuncia tuvo como argumento el pago tardío de la liquidación de varios contratos laborales, cuando se itera, en la sentencia se estableció la existencia de un único vínculo contractual entre el demandante y la empresa de Esceneografías y solidariamente a las empresas de servicios temporales.

Por otro lado, deberá indicarse que, el demandante no se encontraba desprotegido salarialmente, ni con ello, tampoco se puso en riesgo la situación económica o la subsistencia del trabajador, dado que, el vínculo contractual permaneció vigente desde el año 2012 hasta la fecha de su renuncia.

En la aludida carta de renuncia, tampoco se elude a la omisión o tardanza en el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social integral, en forma sistemática o continúa, dando a entender que estos

conceptos eran pagos puntualmente por las convocadas a juicio, ya que, centra su reparo, únicamente en las liquidaciones de sendos contractuales.

Al haberse declarado solo un vínculo contractual, se cae de su peso, el reconocimiento del despido indirecto por el no pago de los contratos laborales individuales, ya que en este entendido, la empresa tenía obligación de pagar las acreencias laborales en forma anualizada.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que revocar el literal "b" del numeral cuarto de la condena impartida en primera instancia por este concepto.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Por último debe precisar esta Corporación que si bien el apoderado de las demandadas solidariamente hace alusión en el recurso de apelación frente a una posible condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, verificada la sentencia emitida, tal concepto no fue materia de discusión ni tampoco de decisión por parte del Juez de conocimiento, por lo tanto, mal se haría a resolver en este aspecto, en atención al principio de congruencia.

COSTAS. En esta segunda instancia sin costas dado que el recurso de apelación fue resuelto favorablemente en forma parcial al apelante. Tásense las mismas por el Juzgado de conocimiento.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR los literales **"d"** y **"b"** del numeral **cuarto (4)**, de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 23 de febrero de 2021, en los que se reconocía una indemnización moratoria por la tardanza en el pago de la liquidación de cada uno de los contratos que ascendía a la suma de $12.190.910 y se reconocía una indemnización por despido indirecto, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 23 de febrero de 2021.

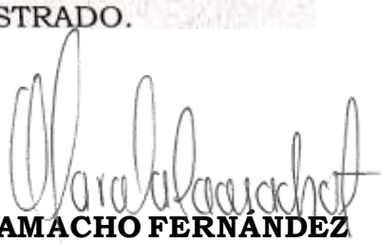
TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA RAQUEL DEL PERPETUO SOCORRO ROMERO DE PINEDA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Viviana Moreno Alvarado** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 de los Patios y tarjeta

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

profesional 269.607 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA RAQUEL DEL PERPETUO SOCORRO ROMERO DE PINEDA** a través de apoderado judicial, pretende se ordene el reintegro de los aportes descontados para salud sobre el retroactivo pensional generado a su favor por el reconocimiento de la pensión de vejez, los cuales asciendes al valor de $4.379.700 (folios 23 y 24).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 22 a 23 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que mediante Resolución SUB 2040 del 31 de julio de 2018 Colpensiones reconoció a su favor la pensión de vejez, desde el 2 de marzo de 2014, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad; que la demandada en el acto administrativo mencionado ordenó descontar sobre el retroactivo pensional la suma de $4.379.700 por concepto de aportes en salud, correspondientes al período comprendido entre el 2 de marzo de 2014 y el 30 de agosto de 2018, en el cual estuvo afiliada a la Medimás EPS Medicina Prepagada, efectuando aportes mensuales de $98.800, para un total de $1.185.600. Concluye indicando que elevó la correspondiente reclamación administrativa, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante la Resolución SUB 140494 del 4 de junio de

2019, confirmada por la Resolución DPE 5949 del 16 de julio de símil año.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que de confomidad con la obligación legal contenida en el numeral 1° del artículo 57 de la Ley 100 de 1993, el atículo 1° de la Ley 1250 de 2008 y el concepto 20758 del Ministerio de Salud y Portección Social, como administradora de pensiones debía proceder al descuento en salud con retroactividad a la fecha en que se empezó a devengar la pensión por parte de la accionante. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 32 a 35).

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 12 de noviembre de 2020, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y, **condenar** en costas a la actora (CD a folio 92).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de pensiones, tienen la obligación de descontar sobre las mesadas atrasadas y reconocidas a sus afiliados desde el momento de la

efectividad de la pensión hasta su pago, la totalidad de los aportes en salud, conforme a lo establecido en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, la Ley 100 de 1992 y lo definido sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, pese a que no se haya prestado efectivamente el servicio. Concluyendo que Colpensiones actuó conforme a derecho al descontar los aportes aquí reclamados, máxime que las cotizaciones realizadas por la actora para el período comprendido entre el 12 de marzo de 2014 y el 30 de agosto de 2018, provienen de su salario, mientras que los deducidos por el extremo pasivo, lo fueron sobre el retroactivo pensional que le pertenecen al Sistema General de Salud.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, existe un doble cobro de los aportes en salud, dado que los mismos ya fueron reconocidos por ella ante Medimás EPS, por manera que se deben retornar a su favor los valores aquí reclamados, en tanto no se encuentra llamada a soportar la negligencia de la entidad convocada, quien se abstuvo de reconocer la pensión de vejez a su favor, y solo procedió a ello después de 4 años, por orden proferida por la jurisdicción ordinaria.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Indicó que COLPENSIONES, descontó de su retroactivo pensional, un valor correspondiente a los aportes para salud desde el 02 de marzo de 2014 hasta Agosto 30 de 2018, el cual se encuentra situado en MEDIMAS EPS, que ella cotizó durante el período comprendido entre el mes de Agosto de 2017 y el mes de Agosto de 2018, por lo tanto, se efectuó doble aporte por concepto de salud,

debiendo la encartada proceder a su devolución conforme al procedimiento establecido para la devolución de los pagos en exceso en pensiones, en el Decreto 1161 de 1994 y el Decreto 1406 de 1999.

Parte demandada: La demandada **COLPENSIONES** reclama la confirmación de la sentencia de primera instancia, aduciendo que es improcedente acceder a la solicitud de reconocimiento de devolución de descuentos en salud, toda vez que los mismo hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud y las administradoras de pensiones tienen el mandato legal deducirlos.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme deviene de la documental militante a folios 8 a 9, que dan cuenta de la solicitud de reintegro de aportes a salud elevada por la actora.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus

atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el corroborar si la activa es beneficiaria de la devolución de los aportes a Seguridad Social en Salud descontados por COLPENSIONES sobre el retroactivo pensional que le fue pagado con ocasión al reconocimiento de su pensión de vejez.

STATUS DE PENSIONADA

No es materia de discusión en lo que concierne a la calidad de pensionada de la señora MARÍA RAQUEL DEL PERPETUO SOCORRO ROMERO DE PINEDA, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de las Resoluciones SUB 2040 59 del 31 de julio de 2018, SUB 140494 del 4 de junio de 2019 y DPE 5949 del 16 de julio de 2019 (fls. 3 a 7, 11 a 14 y 17 a 19); copia de solicitud de reintegro de aportes y recurso de apelación formulado contra la Resolución SUB 140494 del 4 de junio de 2019 (fls. 8 a 10 y 15 a 16); certificaciones de pagos y aportes expedidos por Medimás EPS (fls. 20 y 21) y medio magnetofónico contentivo del expediente administrativo arrimado por el extremo pasivo (Cd. a folio 322); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a la señora ROMERO DE PINEDA le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 204059 del 31 de julio de 2018, en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., a partir del 2 de marzo de 2014, siéndole concedido un retroactivo pensional de $42.622.711[2], sobre el cual se efectuó una deducción de $4.379.700 por concepto de descuentos de salud; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

[2] Folios 3 a 6.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DEVOLUCIÓN DE APORTES EN SALUD

Reclama la parte demandante la devolución de los aportes en salud que le fueron descontados por el extremo pasivo cuando procedió a reconocer su pensión de vejez, y que ascienden al valor de $4.379.700, pedimento que se sustenta en la negligencia de la entidad demandada en el reconocimiento de su prestación, la cual la condujo a asumir el cubrimiento del Subsistma General de Salud con sus propios recursos y ante Medimás EPS, constituyendo por tanto, el descuento de esos dineros un doble pago a dicho Sistema que no está llamada a soportar.

Para resolver el problema jurídico, es primordial recordar que tal como lo establecen los artículos 143 y 157 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones para salud establecidas en el Sistema General de Salud son obligatorias para los pensionados y en su totalidad están a cargo de éstos. Así mismo, el artículo 152 *ejusdem*, respecto de los objetivos de dicho Sistema, establece:

> *« (…)*
> *Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención».*

Igualmente, el artículo 153 ibídem establece como uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

> *«(…)*
> *3.2 Solidaridad: Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de seguridad social en salud entre las personas».*

El artículo 156 de la misma ley, establece como una de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

> *«(…)*
> *b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a*

través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales».

Por su parte, el artículo 42 inciso 3.º del Decreto 692 de 1994, señala que:

> *«Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud».*

En relación con el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1000 de 2007 señaló:

> *«**...que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.** (…)»* (Subrayado por la Sala).

A partir de lo anterior, se tiene que además de ser los pensionados afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, también contribuyen a la sostenibilidad financiera del sistema para procurar beneficios para sí mismos y además para ayudar con sus aportes, a fin que todos los vinculados al régimen subsidiado puedan también recibir los servicios médico asistenciales que requieren, siendo del caso aclarar, que conforme lo establece el artículo 182 de la plurimencionada Ley 100, las cotizaciones que recaudan las E.P.S. pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud y no a la Entidad Promotora de Salud ni mucho menos al trabajador, al empleador o al pensionado cotizante.

Respecto a la procedencia de efectuar los descuentos a Seguridad Social en Salud del retroactivo pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 14 de febrero de 2012, con radicación 47378 estableció que el descuento por salud está a cargo del

pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, y es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial, el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS. (Criterio reiterado en la CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015)

Recientemente señaló en la sentencia SL 3025-2019 que: *«los descuentos por aportes en salud, operan por ministerio de la ley, sin que, para ello, sea menester declaración judicial alguna, razón por la cual, las entidades pagadoras de pensiones, se encuentran facultadas a efectos de generar tales deducciones del monto constitutivo del retroactivo, y transferirlo a la entidad a la que presente afiliación al pensionado».* (Criterio además expuesto por la CSJ SL1359-2019, CSJ SL1794 -2019, CSJ SL2157 -2019 y CSJ SL2234 -2019)

En consecuencia, teniendo en cuenta que es la misma ley, la que ordena el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del pensionado, sin que exista norma expresa que disponga lo contrario, para la Sala resulta claro que le asiste razón al A quo al negar la devolución de los descuentos realizados por aportes en salud del retroactivo, pues la entidad pagadora tiene toda la facultad para descontar la suma correspondiente por aportes en salud, con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social. Siendo claro que no puede entenderse que con las cotizaciones que realizó al Sistema General de Salud la demandante como independiente, por los mismos períodos descontados por Colpensiones cesa su obligación, pues los descuentos sobre los retroactivos pensionales operan por ministerio de la Ley. Máxime que los aportes realizados como independiente ni siquiera los efectuó la actora por la totalidad del período descontado por Colpensiones, como quiera que las certificaciones obrantes a folios 20 a

21 del paginario, solo da cuenta de pagos con destino a Medimás EPS a nombre del extremo activo entre el 1º de agosto de 2017 y el 31 de agosto de 2018.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante, ante la falta de acierto en los reparos de la apelación. Fíjense como agencias en derecho la suma de $300.000, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 12 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA RAQUEL DEL PERPETUO SOCORRO ROMERO DE PINEDA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de $300.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Lorena Isabel Usuga Higuita** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.014.191.624 de Bogotá y tarjeta profesional 225.203 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Dannia Vanessa Navarro Rosas.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 24 de octubre de 2019; en consecuencia, se condene a la demandada al retroactivo pensional causado desde tal data, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (folio 1).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 y 3 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 24 de octubre de 1957, motivo por el cual cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2019. Señala que se afilió al otrora ISS el 1º de noviembre de 1978, trasladándose hacia el mes de octubre de 2007, a la AFP Protección S.A. Aduce que retronó al RPM en el mes de octubre de 2017, al cumplir con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, siendo trasladados todos sus aportes y sus rendimientos a Colpensiones desde el mes de julio de 2017, como así lo infirmó la AFP Protección; que no obstante, debió elevar distintas solicitudes de corrección de historia laboral, ya que no se encontraban reflejados sus aportes, y debió seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, al desconocer la totalidad de semanas que ha cotizado para efectos pensionales. Resalta que el 11 de diciembre de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por reunir la edad mínima y contar con 1.734 semanas, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB 18706 del 22 de enero de 2020, en cuantía inicial de $13.417.612, a fecha de corte de nómina,

esto es, a partir del 1º de febrero de 2020; decisión que fue confirmada mediante las Resoluciones SUB 43393 del 17 de febrero de 2020 y DPE 5001 del 30 de marzo de símil año.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que para la data en que el demandante reclamó su derecho pensional, eso es, el 11 de diciembre de 2019, aun se encontraba vinculado al Sistema General de Pensiones, con el empleador OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, sin que se evidencie el reporte de la novedad de retiro, amén que para el cálculo de la prestación se tuvo en cuenta la totalidad de semanas reportadas en la historia laboral, lo que le permitió aumentar su tasa de remplazo a un 67%. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, improcedencia en el pago de intereses moratorios e indexación y las que resulten probadas en el curso del litigio (CD folio 19).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2021, resolvió **condenar** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la mesada pensional causada para el mes de enero de 2020, en cuantía de $13.417.610; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 11 de abril de 2020, respecto de la mesada adeudada hasta su pago efectivo; **condenar** en costas a la demandada (CD folio 24).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que el actor cotizó al Sistema General de Pensiones en calidad de trabajador dependiente hasta el 31 de diciembre de 2019, y elevó la correspondiente reclamación administrativa el 11 de diciembre de símil año, por manera que solo hasta la data en que procedió a solicitar el reconocimiento pensional ante el extremo pasivo, puede

evidenciarse su intención de retiro, siendo procedente el disfrute de la prestación a partir del 1º de enero de 2020. Respecto de los intereses moratorios, expresó que son procedentes sobre la mesada pensional adeudada, pasados 4 meses después de elevada la petición de reconocimiento pensional.

Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta **el grado Jurisdiccional de Consulta** a favor de Colpensiones, conforme a los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que si bien el actor causo el derecho a la pensión de vejez el 24 de octubre de 2019, su disfrute quedó condicionado a la desafiliación o novedad de retiro del sistema, pues por virtud de la ley Colpensiones al liquidar la prestación debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para ese riesgo, y dado que al actor no se le desafilio ni se le reportó dicha novedad, la entidad debió entender que su deseo de no aportar mas al sistema ocurrió cuando elevó su reclamación de pensión, esto es, el 11 de diciembre de 2019, y bajo ese contexto estudió el caso, reconociendo la prestación desde el mes siguiente en nómina, esto es, febrero de 2020, pues la Resolución SUB 18706 fue expedida el 22 enero de 2020. Agrega que el convocante tampoco se encuentra en los casos denominados por la jurisprudencia como de desafiliación tacita del

sistema, por cuanto nunca dejó de cotizar, pues su empleador continuó efectuando aportes después de diciembre de 2019.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de los recursos de reposición y en subsidio apelación formulados por el actor contra la Resolución SUB 18706 del 22 de enero de 2020, mediante los cuales reclamó el reconocimiento del retroactivo pensional (CD folio 19).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el actor tiene derecho al disfrute de su pensión de vejez desde el 1° de enero de 2020; así como determinar la procedencia de los intereses moratorios sobre la mesada pensional concedida por el Juzgado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado del señor JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de los medios magnetofónicos contentivos de las pruebas allegadas por la parte actora y del expediente administrativo arrimado por el extremo pasivo (fls. 12 y 19); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a ARCINIEGAS RICARDO le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 18706 del 22 de enero de 2020, a partir del 1º de febrero de 2021 en cuantía inicial de $13.417.610[2], de conformidad con lo dispuesto por la Ley 797 de 2003; en igual sentido se constata que efectuó aportes al subsistema de seguridad social en pensiones desde el 1° de noviembre de 1978 al 31 de diciembre de 2019[3] para un total de 1.734.29 semanas; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

FECHA DE DISFRUTE

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual el accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

> «***ARTÍCULO 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.*** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su* ***desafiliación*** *al régimen para que se*

[2] CD a folio 19.
[3] CD a folio 19.

pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo." (…)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al Sistema General de Pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que *«en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (…) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que* ***la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema*** *(…) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales,* ***dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó***

de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez» (Resalta de la Sala)

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, encuentra diversos presupuestos fácticos que le permiten inferir la desafiliación a partir de la última cotización, que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2019[4], pues nótese que además de cesar sus cotizaciones a tal data, procedió a elevar la solicitud de reconocimiento pensional el 11 de diciembre de 2019, como se constata de las documentales obrantes en el expediente administrativo (CD folio 19), lo que demuestra un actuar por demás diligente del afiliado y corrobora el querer inequívoco en el retiro del sistema de seguridad social en pensiones, máxime que ya había reunido 1.734.29 semanas y contaba con 62 años, como se corrobora de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo (CD folio 19), la cual da cuenta que nació el 24 de octubre de 1957.

Motivo por el cual, pertinente es concretar como data de disfrute la concerniente al 1° de enero de 2020, como bien lo concluyó el Juzgado de Conocimiento, en un monto pensional de $13.417.610, valor que fue definido por Colpensiones como mesada para el año 2020, y sobre el cual no media ninguna discusión.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio.

[4] Expediente administrativo CD a folio 19.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años**, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»* (Subraya y resalta la Sala). En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que se concedió la prestación a través de la Resolución SUB 18706 del 22 de enero de 2020, siendo desde ese momento que el actor contaba con el término de tres (3) años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada dentro del término, el 5 de febrero de 2020 cuando formuló los respectivos recursos de reposición y apelación (CD a folio 19) que fueron zanjados definitivamente con la Resolución DPE 5001 del 30 de marzo de 2020 (CD a folio 19); motivo por el cual, al presentar demanda ordinaria laboral el 18 de agosto de 2020 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 11; resulta indudable que en el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo, más cuando el escrito *genitor* fue notificado a la llamada a juicio dentro del año siguiente al auto admisorio[5].

[5] Folios 16 y 17.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Sobre el particular, la norma pensional que estableció los intereses moratorios deprecados por el actor en el libelo, se encuentran regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar *«A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»*

En ese entendido, y descendiendo a los supuestos facticos del *sub judice*, se tiene que la norma de seguridad social integral es clara en manifestar que los intereses moratorios se causaran, siempre que la entidad administradora de pensiones entre en mora en el pago de las mesadas pensionales, ello, vencido el término de gracia otorgado por el Legislador que corresponde a 4 meses al tenor del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, sin lugar a dudas se configuran en el caso de autos el reconocimiento de los intereses moratorios pues el convocante, en tiempo, acreditó ante la entidad accionada el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez y Colpensiones si bien accedió al reconocimiento pensional en Resolución SUB 18706 del 22 de enero de 2020, lo hizo solo a partir del 1° de febrero de 2020, como ya se anotó, y muy a pesar que el accionante dejó de cotizar en el mes de diciembre de 2019, data en la que igualmente había elevado la correspondiente solicitud.

Por tanto, procede el reconocimiento de los intereses moratorios después del vencimiento del periodo de exención con que cuenta la pasiva, de 4 meses, esto es desde el 12 de abril de 2020 y hasta que se efectúe el pago de la mesada pensional adeudada a favor del actor,

debiéndose por tanto modificar la sentencia consultada sobre este aspecto, dado que el A Quo los concedió desde el 11 de abril de 2020, día este en el que todavía no puede predicarse mora de la entidad, dado que hasta dicha fecha se encontraba dentro del plazo para su reconocimiento.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar a **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 11 de abril de 2020 respecto de la mesada causada y adeudada para el mes de enero de 2020, hasta el pago efectivo de la misma, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salva Voto Parcial por la forma en que se liquidan los intereses moratorios)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SILVIA CASAIS VEGA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **SILVIA CASAIS VEGA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A.; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP en mención trasladar a Colpensiones todo el capital y los intereses acumulados en su cuenta de ahorro individual con el reporte de semanas cotizadas, al igual que las cuotas de administración; ordenar a Colpensiones registrar su afiliación como si nunca se hubiere trasladado de régimen, así como recibir todos los dineros provenientes de la AFP Porvenir y contabilizar en su historia laboral el total de semanas reportadas por la citada sociedad; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, pretende se condene a la AFP Porvenir S.A. a pagarle por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma mensual faltante para igualar el valor de las mesadas pensionales que recibiría en Colpensiones. (fls. 6 y 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 14 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 11 de octubre de 1962; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 27 de abril de 1989; que a pesar de firmar formulario de solicitud de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones a través del ISS el día 19 de noviembre de 1997, su entonces empleador Clínica Monserrat efectuó sus cotizaciones a la AFP Porvenir; que el 31 de marzo de 1998 fue vinculada a la Unidad de Salud Mental del Hospital Simón Bolívar, entidad que comenzó a realizar sus aportes a pensión a la AFP Porvenir, sin mediar documento de afiliación alguno; que el 11 de diciembre de 1998, con el ánimo de formalizar su vinculación con el Hospital Simón Bolívar, procedió a suscribir formulario de afiliación con

la AFP Porvenir, sin recibir asesoría de parte de la citada, sobre las ventajas y desventajas del RAIS.

Agrega que el 5 de mayo de 2008 cambió de domicilio a Tarragona, España, en donde su empleador comenzó a hacer aportes de pensión a su favor en el Sistema de Seguridad Social de ese país hasta el 20 de octubre de 2014, además, recibió aportes por concepto de excedencia por cuidados familiares hasta el 20 de octubre de 2015, para un total de 2.620 días de cotizaciones. Manifiesta que regresó a Colombia y desde septiembre de 2014, viene efectuando aportes al Sistema General de Pensiones en calidad de independiente; que frente a los periodos cotizados en España, la AFP Porvenir le indicó que los mismos solo pueden tenerse en cuenta si su capital no alcanza para pensionarse y a fin de acceder a la Garantía de Pensión Mínima; que adicionalmente, la sociedad le efectuó una proyección pensional, según la cual podría pensionarse a los 70 años en un valor de $2.573.900. Indica que solicitó ante las demandadas la nulidad y la ineficacia de su afiliación al RAIS, sin embargo, sus peticiones fueron resueltas de manera desfavorable; que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría el RAIS.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron formuladas en su contra, al considerar en esencia que, el traslado efectuado por la accionante al RAIS se efectuó con el lleno de todas las formalidades establecidas en la ley, en tanto suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Agrega que el extremo activo no se encuentra inmerso dentro de los requisitos que señala la sentencia SU 062 de 2010, y es por ello que no puede efectuar su traslado en cualquier tiempo. Manifiesta que al no ser la demandante del régimen de transición, no opera la inversión de la carga de la prueba, y por tanto, esta se encuentra llamada a demostrar que recibió información errónea o falaz y que con base en ella tomó la decisión de

trasladarse de régimen pensional. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 193 a 206).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, amén que para la fecha del traslado no existía a cargo de la AFP el deber de asesoría suficiente, pues ello nació con la expedición de la Ley 1328 de 2009, y solamente hasta la Ley 1748 de 2014 se creó el llamado deber de doble asesoría. Agrega que de acuerdo a lo indicando por la parte actora, es claro que su afiliación se dio sin intervención alguna de los asesores de la AFP, pues fue ella misma quien acudió a su empleador con la finalidad de vincularse al RAIS, precisando que la sociedad no se encuentra en condición de rechazar la afiliación libre y voluntaria de un eventual afiliado, por lo que si no hubo intervención por parte de la AFP en el proceso de afiliación no se puede alegar la inexistencia de asesoría o información. Concluye indicando que actualmente la accionante cuenta con menos de 600 semanas de cotización en el país, lo cual implica que aun no está cerca de consolidar su derecho pensional, por lo que no existe perjuicio alguno en cabeza de la actora, que haya tenido como hecho causante una conducta desarrollada por la AFP. **Excepciones**: Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 246 a 265).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de

febrero de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses; **ordenar** a Colpensiones afiliar nuevamente a la actora al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de la AFP Porvenir; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y condenar en **costas** a la AFP Porvenir. (Cd. a folio 303).

> Lo anterior por considerar el A quo que la situación de múltiple afiliación aducida en la demanda se encuentra superada porque la convocante se vinculó a la AFP Porvenir pasados más de 3 años desde su afiliación a otrora ISS, amén que guardó silencio sobre el tema por más de 20 años. Sumando que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de inconformidad que, conforme a lo afirmado por el extremo activo en su interrogatorio de parte, su traslado se dio de manera voluntaria y fue ocasionado por el consejo de algunas personas, más no por la asesoría directa de la administradora de fondos de pensiones, por

manera que su situación no se ajusta a los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia, en tanto no le es exigible a la citada proveer un asesor por cada potencial afiliado, no siendo posible la aplicación del precedente sentado por la Alta Corporación. Añade que en materia de obligaciones, se presentó un silencio del consumidor financiero, al no tener la demandante la adecuada atención y revisión en el traslado o durante su vinculación con Porvenir. Manifiesta que a la fecha del traslado no era exigible el tipo de información que establece la Corte Suprema de Justicia, además, indica que Colpensiones es una entidad externa y ajena al negocio jurídico celebrado por la actora y la AFP llamada a juicio, razón por la cual no puede verse afectada la administradora del RPM, al punto de asumir una carga prestacional que no estaba presupuestada dentro de sus finanzas, circunstancia que genera una inestabilidad financiera, dado que el Estado subsidia las pensiones en el RPM.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que para la fecha del traslado realizado por la actora se dio cumplimiento a la norma vigente para la época, y en especial los Decretos 656 y 692 de 1994, por manera que la activa suscribió el formulario de afiliación libre y voluntariamente, sin mediar constreñimiento alguno, situación que desdice de la concurrencia en el caso analizado, de los presupuestos de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia anhelada. Resalta que en el *examine* no se frustró un derecho pensional en cabeza de la demandante, respecto de quien la AFP no podía rechazar su solicitud de afiliación, como así lo establece el artículo 112 *ejusdem*. Agrega que durante su vinculación al RAIS, se le han efectuado a la actora los descuentos legales, correspondientes a los gastos de administración, en virtud de la gestión realizada por la AFP que le permitió a la convocante obtener rendimientos, que repercute en una mejor expectativa pensional,

además, se cumplió con el cubrimiento de las contingencias de muerte e invalidez, de suerte que la devolución de ese dinero genera un enriquecimiento sin causa a su favor. Concluyendo que procede la revocatoria del fallo apelado, al igual que de la condena en costas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: La apoderada de la parte demandante, solicitó la confirmación del fallo impugnado, al considerar que, quedó demostrado que PORVENIR infringió las obligaciones que la Ley les impone a las AFP frente a las personas que pretenden realizar un traslado de régimen pensional, especialmente la obligación de informar. Inicialmente, quedó en evidencia que la actora decidió vincularse al RPM el 19 de noviembre de 1997, sin embargo, sus empleadores de la época equivocadamente realizaron los aportes ante PORVENIR y esta AFP omitió reportarle dicha situación a la demandante y a sus patronos, aun sabiendo que la señora Casais no se encontraba afiliada a ese fondo de pensiones. De esta forma, desde antes de que la relación entre la demandante y PORVENIR iniciara oficialmente, la AFP demandada ya había vulnerado su derecho de elección, pues no respetó su selección inicial y en su lugar recibió unos aportes a pensión que no le correspondían e igualmente le ocultó información relevante para su futuro pensional**.**

Parte demandada: El apoderado sustituto de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP

por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Conforme a lo anterior, aduce que no estamos frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. No obstante, indica que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato. Agrega que en cuanto a la viabilidad de declaratoria de la nulidad del traslado cuando las administradoras de los fondos de pensiones faltan a su deber de información de manera completa sobre los riesgos de un cambio de régimen, ha de decirse que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que, la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño y este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse.

A su turno, el apoderado de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, persigue la revocatoria del fallo impugnado al considerar que la demandante suscribió de forma voluntaria el formulario de vinculación, con lo cual, no se encuentra acreditada situación alguna que de lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional, agregando que la actora no estaba como afiliada cotizante a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo que permite colegir que su vinculación con al AFP es una vinculación inicial al sistema general de pensiones, por lo que no es dable sostener que le es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Añade que

es improcedente la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, al igual que la devolución de los gastos de administración, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar, y ello es así, porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 117 a 119 del paginario.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por SILVIA CASAIS VEGA al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 32); copia del pasaporte de la actora (fls. 33 a 50); copia permiso de residencia (fls. 51 a 52); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 53 a 55 y 207 a 210); certificaciones laborales (fls. 56 y 59 a 61); formulario de vinculación al ISS (fls. 57 a 58 y 105); formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 62 y 141 a 142); formulario de autoliquidación de aportes (fl. 63); informe de vida laboral (fl. 64 y 68 a 72); testimonio de identidad (fls. 65 y 66); comunicaciones expedidas por Porvenir (fls. 67 y 71); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 81 a 88, 108 a 111 y 133 a 140); simulación pensional expedida por la AFP Porvenir (fls. 89 a 92); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 93

y 94); derechos de petición elevados ante la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y sus respuestas (fls. 76 a 80, 95 a 104 y 112 a 132); formulario de afiliación a Colpensiones (fl. 38); estudio pensional y hoja de vida de actuario matemático (fls. 151 a 175), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 211); comunicados de prensa (fl. 297 a 299); e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Cd. a folio 303).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros*

*conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»***.**

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse 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.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

> *«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».*

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> *«… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros*

términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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 SL12136-2014).

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un

régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su

situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el

27 de abril de 1989, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 207 a 209, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 11 de diciembre de 1998 (fl. 268); posteriormente, entre mayo de 2008 y octubre de 2014 cotizó para el Régimen General del Sistema General de Seguridad Social de España (fls. 68 a 72); finalmente, reanudó sus cotizaciones a la AFP Porvenir en el mes de septiembre de 2014 (fl. 86), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 268).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que para la época de su traslado, a pesar de ser invitada por los asesores de la AFP demandada a las reuniones grupales que se programaron para brindarle la información, nunca asistió a ellas, dado que su turno de trabajo tenia lugar en horarios distintos, esto es, en las horas de la tarde, por lo que solo supo de parte de sus colegas médicos que el ISS iba a desaparecer, de manera que cuando fue contratada de manera permanente por el Hospital Simón Bolívar, procedió a suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir. (Cd. a folio 303).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la

nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

> «*… la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*».

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de SILVIA CASAIS VEGA, se adicionará la sentencia en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».*

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la*

consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, ***de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada****,* ***por*** *mesadas pensionales* ***o gastos de administración****...»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

«Del texto transcrito es razonable colegir que, ***al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida*** *y cuáles no, la norma está precisando* ***la vinculación que produce efectos jurídicos*** *y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que* ***lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado****...*
(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, no siendo atendible lo que al respecto aduce la AFP PORVENIR en su alzada.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

La parte demandada PORVENIR S.A. en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por

la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, la Juez de primer grado dispuso en la resolutiva condenar a la pasiva, PORVENIR S.A., bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas por la adición de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-
de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ ALFREDO PEÑA LEMUS** contra el **CONJUNTO RESIDENCIAL RECREO RESERVADO 4** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: **JOSÉ ALFREDO PEÑA LEMUS** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 2012 al 16 de abril de 2018; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación al fondo de cesantías; aportes a pensión, indemnización por despido sin justa causa; domingos y festivos; recargo nocturno; indemnización por la mora en el pago de prestaciones sociales; costas procesales (fl. 2 a 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos y advierte; que prestó sus servicios desde el 1 de marzo de 2012 al 16 de abril de 2016 en el cargo de oficial de guarda de seguridad; el contrato fue a término indefinido; el horario era de domingo a domingo y descanso una vez al mes; que no fue afiliado al sistema de seguridad social en salud, pensión, ARL y Caja de Compensación; que el demandado adeuda las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios; vacaciones; domingos y festivos laborados; que el demandado no ha pagado las prestaciones sociales a la fecha de radicación de la demanda; que no le fueron consignadas las cesantías; que fue despedido sin justa causa; que no fue afiliado a salud, pensión, ARL y Caja de Compensación; que el demandado hacia los desprendibles de pago con un sueldo más alto al allí señalado (fl. 2 a 7)

CONTESTACIÓN:

El CONJUNTO RESIDENCIAL RECREO RESERVADO IV PROPIEDAD HORIZONTAL al contestar la demanda se opuso a la

prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la relación laboral que ató a las partes fue desde el 1 de marzo de 2012 al 28 de febrero de 2014; que la terminación del vínculo contractual obedeció a la suscripción de un contrato civil.

Excepciones. Como medios exceptivos propuso las de prescripción de la acción, inexistencia de las obligaciones laborales demandadas y cobro de lo no debido (fl. 30 a 35)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 18 de febrero de 2021; **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de marzo de 2012 al 17 de febrero de 2018; **condenó** al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacacione, sanción por no consignación de cesantías (fl. 64).

Fundamentó su decisión en que;

> *"…Pues bien del estudio en conjunto relacionado anteriormente se colige que el señor José Alfredo Peña Lemus, efectivamente presentó sus servicios personales en favor del conjunto demandado eso entre el 1 de marzo del año 2012 hasta el mes de febrero del año 2018; a la anterior conclusión se arriba al valorar los testimonios de las señoras, Gladys Rivera, Martha Ligia Avila y Luz Mabel Balcazar Rodríguez, quienes fueron contestes en afirmar que el señor José Alfredo Peña Lemus prestó sus servicios en el parqueadero en horario nocturno de 6 de la tarde a 6 de la mañana y que era el encargado de abrir la puerta, cuidar el parqueadero y acomodar los carros, labores que ejerció hasta el 27 de enero del año 2018.*
>
> *Aunado lo anterior los demás medios de convicción arrimados al plenario permiten llegar a la misma conclusión, en efecto a folio 18 del expediente, reposa la certificación laboral emitida por el señor Jorge Luis Fuentes como*

administrador del conjunto que data del 6 de mayo del año 2014, mediante la cual se certifica que aquí el demandante trabajaba para el conjunto residencial recreo reservado 4 propiedad horizontal, desde el 1 de febrero del año 2012, en el cargo de supervisor de parqueadero mediante contrato a término indefinido, lo que denota que la relación laboral se extendió dos meses más al extremo final aceptado por la demandada, documento que no fue desconocido ni tachado por la parte pasiva en el proceso, como tampoco resultan de recibo los argumentos dados por el representante legal de la copropiedad demandada cuando afirmó que había firmado esas certificaciones basado en la buena fe y por colaborarle al demandante

También debe señalarse que señala en el presente asunto el señor Jorge Luis Puente, que las certificaciones laborales fueron emitidas de buena fe y con el fin de ayudarle al actor para que pudiera obtener fácilmente un préstamos, tales circunstancias no se encuentran acreditadas dentro del expediente y por ello, las mismas gozan de plena credibilidad.

Así pues, se encuentra plenamente acreditado en el siguiente proceso las cosas, en el presente personal del presente servicio como guarda de seguridad en el conjunto residencial aquí demandado, cobrando de este modo operación contenida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo sin que el extremo pasivo haya logrado desvirtuar tal presunción…" (17:18).

RECURSO DE APELACIÓN:

El CONJUNTO RESIDENCIAL RECREO RESERVADO 4, a través de su apoderado manifestó su oposición a la sentencia proferida, argumentando para tal efecto que, la demandada acepta la existencia del vínculo contractual desde del 1 de marzo de 2012 al 28 de febrero de 2014, pero no se acepta que se diga, que el contrato continúo desde el 1 de marzo de 2014 al 16 de febrero de 2018, ya que desde este último interregno de tiempo, entre las partes existió un contrato de arrendamiento, realizándose un contrato civil y por el que, el demandante debía pagar un arriendo a la copropiedad por el uso del parqueadero; el demandante firmó el contrato de arrendamiento y se demuestra que desde el 2014 a 2018 este era un contratante y que la

copropiedad era contratista; que fueron allegados recibos de pago del arriendo del parqueadero con la demandada.

El demandante se encargaba de cobrar los parqueaderos internos y externos; para acreditar su dicho, se allegaron recibos de pago; en cuanto a los documentos firmados por el representante legal, estos fueron suscritos de buena fe, para que le otorgaran un crédito al actor, pero este allega tales documentos en la demanda y otros que no fueron suscritos por éste, por lo que, se puso en conocimiento de la Fiscalía tal situación (récord 39:16).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La parte demandante guardó silencio.

El Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 PH, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, goza de legalidad; que una vez suscrito el enunciado contrato feneció la relación laboral; que los testigos no dan fe de la existencia del vínculo laboral, ya que estos solo fueron "*espectadores de la permanencia del señor José Alfredo Peña Lemus*" y por ello, no pueden ser tenidos en cuenta; que los recibos expedidos con posterioridad al 1 de marzo de 2014 fue por ayudar al demandante para que adquiriera créditos; que fue allegada una prueba que no fue expedida por el representante legal del Conjunto; que en febrero de 2018 la apoderada de la parte actora remitió a la demandada una liquidación de prestaciones.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral o si en realidad, este fue un contrato civil de arrendamiento.

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»,* de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falsas, desconocidas, ni reargüidas por las partes, en los términos previstos en los artículos 269 y subsiguientes del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

1- Certificación laboral emitida por el Administrador del Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H., de fecha 16 de mayo de 2013 (fl. 9).

2- Certificación laboral emitida por el Administrador del Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H., de fecha 5 de agosto de 2013 (fl. 10, 17).

3- Certificación laboral emitida por el Administrador del Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H., de fecha 6 de marzo de 2013 (fl. 11, 16).

4- Certificación laboral emitida por el Administrador del Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H., de fecha 6 de mayo de 2014 (fl. 12, 18).

5- Pago de nómina de julio de 2013 expedida por el Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H. (fl. 13, 19).

6- Pago de nómina de agosto de 2013 expedida por el Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 P.H. (fl. 14, 20).

7- Contrato de Arrendamiento de Parqueadero suscrito entre el Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 – Propiedad Horizontal y el demandante (fl. 37).

8- Documento denominado "Acta Recibido", suscrito por el demandante (fl. 39).

9- Documento denominado "Acuerda el pago del parqueadero" suscrito por el demandante y la señora Sandra Vela (fl. 40).

10- Comprobante de ingreso 00023 y 00024 de fecha enero y febrero de 2016 con sello del Conjunto Residencial Recreo Reservado 4 – Propiedad Horizontal (fl. 41, 42).

11- Documentos denominados "Acta de Reunión! Nos. 24, 26, 27, 28, 29, 30" (fl. 43, 45, 46, 47, 48, 50).

De otra parte, fue absuelto el interrogatorio de parte por el señor, José Alfredo Peña Lemus del que se desprende, al cuestionársele respecto de la vinculación que tuvo con el conjunto cerrado demandado, que la misma se dio porque don Jorge le pidió ir a trabajar al conjunto, pagándole un sueldo de $850.000 mensuales, en horario de 6pm a 6 am, cuidando el parqueadero, cobrar la plata y

después él se la reclamaba; que el señor Jorge le hacía firmar documentos porque debía entregar cuentas al Consejo, pero no le decía que era del parqueadero; que en alguna ocasión reclamó en forma verbal por el pago de prestaciones y este le decía que no había plata, que cuando algún automóvil era rayado el señor Jorge le descontaba del sueldo dicho valor; siempre fue constante en señalar que cumplía un horario, señaló el salario devengado y que don Jorge recibía el valor recogido por concepto de parqueaderos todos los días en horas de la mañana, (Cd. Fl 61).

A su turno, el representante legal del Conjunto Residencial Recreo Reservado indicó que, el demandante llegó al Conjunto pidiendo una oportunidad laboral y como en esa época no se tenía el presupuesto para contratarlo, por lo que, debía subarrendar y pagar un arriendo por la zona común; sin embargo, en una respuesta posterior, informa que cuando el demandante empezó a prestar sus servicios, no se pactó un contrato de arrendamiento, ya que este fue pactado a partir de 2014 y que prestaba sus servicios de seis de la tarde a 6 de la mañana (CD Fl. 61).

Gladys Rivera Ramírez, en calidad de testigo señaló que, no sabía el tipo de contrato suscrito entre las partes, que lo veía en la puerta acomodando carros, en forma diaria en las noches, don Jorge y el demandante hablaban pero no escuchó que éste recibiera órdenes (CD folio 61).

Martha Ligia Ávila, declaró conocer al demandante desde 2012, porque era el vigilante del conjunto, desde las 6 de la tarde hasta las 6 de la mañana; no escuchó que este recibiera órdenes (CD folio 61).

Luz Mabelle Balalcazar Rodríguez, sé que el demandante trabajaba en el conjunto demandado, pero no tenía conocimiento del contrato que ató a las partes; él se encargaba de cuidar y parquear los carros; durante el horario de la noche; que el cónyuge de la testigo acompañó al demandante por dos semanas en el parqueadero, pero que no sabe quien pagó esos días laborados a su cónyuge; no presenció ningún tipo de órdenes y que éste le había dicho que le habían quitado el parqueadero (CD folio 61).

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Sala que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues así se establece con los interrogatorios de parte rendidos por las partes y las certificaciones allegadas al introductorio.

Por otro lado, y aunque el apoderado de la demandada desconoce las certificaciones laborales expedidas por representante legal de la convocada a juicio, las mismas no fueron tachadas, ni tampoco se solicitó frente a ellas, examen grafológico alguno, ante el Juzgado de Conocimiento, con el fin de establecer si las mismas habían sido alteradas de alguna forma, por lo tanto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 54 A, del Código Procesal Laboral, y 260 del C.G.P., los mismos se presumen auténticos y gozan de plena validez probatoria.

Conforme a los argumentos esgrimidos y el material probatorio aportado a las diligencias, se lograron acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T, así, en primer lugar, diáfana resulta la prestación personal de servicio, pues tanto la demandada como la demandante así lo consienten, se suma a lo anterior, que a folios 9 a 12, 15 a 18, obran certificaciones laborales y a folio 13, 14, 19 y 20 reposan liquidaciones de prestaciones sociales; por otro lado, el demandado en

el interrogatorio de parte señaló que el horario en que trabajaba el demandante era de 06:00 p.m. a 06:00 a.m.; igualmente, los testigos manifiestan uniformidad de criterio respecto al cargo de vigilante del parqueadero.

En lo que refiere a la subordinación, la misma se encuentra probada pues al absolver el interrogatorio de parte, la demandante fue constante al indicar que recibía órdenes del señor Jorge Luis Puentes, que debía cumplir un horario de trabajo como ya se dejó plasmado en precedencia, incluso que cuando se ausentaba le era descontado el día de trabajo, adicionalmente, tampoco se desconoce que el apoderado de la demandada a la hora de contestar la demanda acepta el hecho de la relación laboral desde el 2012 hasta el 28 de febrero 2014, sin que con posterioridad a dicha data se haya verificado que las condiciones a esta prestación del servicio haya cambiado, dado que se siguió prestando el servicio en el parqueadero, recibiendo y estacionando automóviles, en el mismo horario, actividades que no fueron desvirtuadas por la pasiva, pues tan solo se limitó a negar los supuestos de facto sin que arrimara al expediente prueba en contrario.

Por último, y en lo que tiene que ver con la remuneración, se tiene que en las certificaciones laborales (fls. 9 a 12, 15 a 18) y liquidaciones (fl. 13, 14, 19 y 20) se informó el salario devengado por el actor, para el año 2013 equivalía a $1.400.000 y para el año 2014 de $1.800.000, sin embargo, en la demanda se indicó que los salarios dl año 2012 a 2014 correspondía era de $800.000 y del año 2015 a 2018 era de $900.000 y en este aspecto, al momento de contestarse la demanda, la pasiva aceptó los salarios del año 2012 a 2014, pero no los enunciados del 2014 al 2018, por lo que, al no haberse allegado prueba alguna respecto a este punto, en este último interregno de

tiempo, hizo bien el A quo, a tener como salario devengado el salario mínimo legal mensual vigente para cada una de estas anualidades; no ha de perderse de vista la inobservancia de la pasiva tendiente a derruir la presunción contractual establecida en el artículo 24 del C.S.T, por manera que para todos los efectos tal como estableció el A quo, el salario para el año 2018 ascendía a la suma de $771.242.

Dicho lo precedente, la sociedad encartada no contó con la diligencia para suministrar un solo elemento de convicción que permitiera desvirtuar lo alegado por el demandante, como tampoco pudo derruir la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio que se deduce válidamente de aquellos eventos en los que se constata la prestación personal de la fuerza de trabajo del empleado para con su empleador, motivo por el cual, a la Sala no le queda otra alternativa que confirmar lo resuelto por el sentenciador de primera instancia en lo que refiere a la declaratoria del contrato de trabajo.

COSTAS: En esta instancia se imponen a cargo de la demandada, dado el resultado de la alzada. Las mismas deberán ser liquidadas por la Secretaría del juez de conocimiento. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 18 de febrero de 2021, en el proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ ALFREDO PEÑA LEMUS** contra el **CONJUNTO RESIDENCIAL RECREO RESERVADO 4**.

SEGUNDO: COSTAS: En esta instancia se imponen a cargo de la demandada, dado el resultado de la alzada. Las mismas deberán ser liquidadas por la Secretaría del juez de conocimiento. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HENRY HERRERA PULIDO** contra la empresa **LATAMSEC SECURITY LTDA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: **JOSÉ DE LA CRUZ PEÑALOZA NORIEGA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa LATAMSEC SECURITY LTDA; que el contrato fue celebrado en forma verbal y luego escrito; que el servicio fue restado desde el 7 de agosto de 2013 al 16 de mayo de 2016; que no fueron consignadas las cesantías de los años 2013 a 2016; que la jornada laboral era la máxima legal; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago del auxilio de cesantías causadas durante la relación laboral; indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; indemnización moratoria; los derechos ultra y extra petita y costas procesales (fl. 10 a 15).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos y advierte; que entre las partes se celebró un contrato individual de trabajo en forma verbal; que el servicio fue prestado desde el 7 de agosto de 2013 al 16 de mayo de 2016; el 1 de febrero de 2014 se suscribió contrato a término indefinido; el salario pactado fue de $2.800.000, que el cargo desempeñado fue el de analista de recursos humanos; durante el vínculo contractual no fue pagado el auxilio de cesantías; a la fecha de presentación de la demanda, la empresa convocada a juicio no ha pagado los derechos ciertos e indiscutibles al demandante y especialmente la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías (fl. 10-11)

CONTESTACIÓN: **LATAMSEC SECURITY LTDA** al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, entre las partes existió vínculo

laboral desde el 1 de febrero de 2014 y que las cesantías fueron pagadas al trabajador; que los pagos fueron realizados de buena fe. **Excepciones.** Como medios exceptivos propuso los de transacción y pago; buena fe, inexistencia de la obligación demandada; cobro de lo no debido; prescripción de la acción; compensación y la genérica (fl. 42 a 53).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 21 de enero de 2021; **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1 de febrero de 2014 al 16 de mayo de 2016; **condenó** a la sociedad LATAMSEC SECURITY LTDA al reconocimiento y pago de cesantías, sanción por no consignación de cesantías e intereses moratorios; declaró probada parcialmente la excepción de pago y probada la transacción y desistimiento frente a la declaratoria del contrato de trabajo entre el 7 de agosto de 2013 al 31 de enero de 2014; **absolvió** a la demandada de las demás excepciones; **condenó** en costas a la demandada (fl. 96).

Fundamentó su decisión en que;

> *"..Me llevan a ordenar el pago de esta sanción, toda vez que inclusive, el contador público que vino a declarar omitió poner en conocimiento esta situación y la empresa debe velar precisamente, porque estas cesantías se liquiden en los precisos términos que establece la Ley, toda vez que es un ahorro del trabajador para cuando se encuentre desempleado.*
>
> *Como la primera obligación de consignar las cesantías causadas en el 2014 se venció el 15 de febrero de 2015, por lo tanto corresponde reconocer la indemnización de un día de salario hasta el día 14 de febrero de 2016, el salario para esa época era $1.600.000, entonces tiene derecho a $19.200.000 por esta indemnización por la omisión en la consignación de las cesantías.*
>
> *La segunda obligación de consignar las cesantías son las causadas en el año 2015, se venció el día 15 de febrero de 2016 y la relación terminó el 16 de mayo de 2016, incurrió en mora solamente en 92 días y por eso*

debe asumir esa sanción, este último salario diario era de $66.666, según el salario mensual que estableció este servicio judicial y que fue aceptado por la parte demandada, por lo tanto por 92 días, tiene derecho a $6.133.333 y así lo consignaré en la parte resolutiva.

De las cesantías del año 2016, no surge la obligación de consignarlas sino de pagarlas a la finalización del contrato, por lo tanto, sobre ellas no hay lugar a condena alguna.

Al sumar estos dos valores, al hacer el ejercicio matemático, la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo asciende a $25.333.333…". (récord 48:55)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte demandada muestra reparo frente a la sentencia proferida, arguyendo para tal efecto que, el *A quo* le dio validez a la transacción suscrita entre las partes, respecto a las cesantías, sin embargo, decide imponer la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que, no había lugar a que surgieran otros conflictos ya que este conflicto había sido resuelto; en cuanto a la sanción del artículo 99, indicó no estar de acuerdo, ya que el Juzgado debió aplicar el artículo 254 CST; en cuanto al interrogatorio de parte se demuestra la mala fe del demandante, al decir que no se le consignó las cesantías cuando se encuentra acreditado que sí fue pagado este concepto, adicionalmente que, él era el encargado de pagar la nómina y por tanto solicita se valore dicha declaración; finalmente, que entre las partes se celebraron varios contratos de trabajo verbales y los mismos fueron liquidados y pagados (récord 1:00).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

El demandante, solicita se confirme la sentencia proferida, alegando para tal efecto que, el proceso adelantado ante el Juzgado 4 Municipal de Pequeñas Causas Laborales, solamente se pretendía la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; que la demandada tiene confusión respecto a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el 254 del Código Sustantivo del Trabajo; que el empleador no reconoció ni pago liquidación de prestaciones sociales al trabajador y por ello se hace acreedor a la condena; que la existencia del contrato a término indefinido fue aceptado por la demandada; que no ha existido mala fe del actor al pretender el pago de sus prestaciones.

La empresa Latamsec Security Ltda, a través de su apoderado judicial solicitó se revocara la decisión, argumentando para tal efecto que, se reconoció la transacción suscrita entre las partes, sin embargo, se impuso sanción por no consignación de cesantías a un fondo; que si se consideró que la empresa incurrió en mora al no consignar las cesantías, debió aplicar el artículo 245 del Código Sustantivo del Trabajo y no el artículo 99; que la sanción del artículo 254 no puede ser concurrente con la sanción contenida en el artículo 65 íbidem; que entre las partes no existió un único contrato de trabajo, de acuerdo a lo dicho por el representante legal de la demandada en el interrogatorio y por ello, se efectuaron varias liquidaciones; que existe mala fe del demandante, al faltar a la verdad respecto al pago de las liquidaciones, el salario devengado y el cargo desempeñado.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la empresa LATAMSEC SECURITY LTDA, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], el determinar si se debía dar validez al acuerdo de transacción suscrito entre las partes respecto al pago de las cesantías; adicionalmente, si entre las partes efectivamente existió un único contrato de trabajo o si por el contrario, existieron multiplicidad de contratos; en segundo lugar si era viable imponer condena por la no consignación de cesantías causadas durante el vínculo contractual y si fue aplicada indebidamente el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

Pues bien, cumple recordar que el artículo 13 del CST, consagra que cualquier estipulación que afecte el mínimo de derechos o garantías allí contenidas, no produce efecto alguno, pero en tratándose de derechos que no tengan tal connotación, cualquier transacción sobre ellos, quedan por fuera de la prohibición contemplada en la mencionada norma.

[2] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el sub examine, tenemos contrato de transacción suscrito entre las partes el día 20 de febrero de 2019 y en el que, pactaron;

> *"…CLÁUSULA QUINTA. Las partes dejan constancia que el pago hecho por LATAMSEC SECURITY LTDA al señor HENRY HERRERA PULIDO, no constituye reconocimiento o aceptación alguna de las pretensiones de la demanda o su reforma, quedando claro para las partes que el vínculo laboral inició el 1 de febrero de 2014, y terminó el 16 de mayo de 2016, de forma unilateral y con justa causa por parte del empleador.*
>
> *CLÁUSULA SEXTA. PAZ Y SALVO. El demandante, HENRY HERRERA PULIDO, declara expresamente que está de acuerdo íntegramente con la presente TRANSACCIÓN, y declara a paz y salvo a la demandada, LATAMSEC SECURITY LTDA, y que con la firma del presente documento no tiene nada que reclamarle por ninguna de las pretensiones que dieron origen al presente proceso…"* (fl. 56)

Ahora, como todo contrato, la transacción es un acto jurídico con consecuencias sustanciales, de manera que y tratándose de un verdadero acuerdo de voluntades, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral.

Ahora bien, el objeto del proceso que cursó en el Juzgado 4 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, fue la declaratoria de la existencia del contrato laboral y consecuencia de ello, se condenara al pago de la indemnización por despido, debidamente indexado, sin que en el litigio se solicitara en forma alguna cesantías, intereses u otra prestación, sanción o indemnización, por lo que en principio es claro que las partes zanjaron cualquier diferencia al respecto y, por lo tanto, el acuerdo suscrito tiene efectos de cosa juzgada, en este aspecto (fl. 77).

Erró el apoderado de la parte demandada al indicar que, las cesantías fueron objeto de transacción, ya que, como indicó en forma

precedente, estas no fueron objeto de reclamación en la demanda adelantada ante los Juzgados de Pequeñas Causas Laborales, y por otro lado, las partes acordaron quedar a paz y salvo, correspondían en forma exclusiva a las pretensiones de la demanda (indemnización por terminación del contrato sin justa causa).

En lo único que tiene el Juez de conocimiento el acuerdo transaccional, es en la declaratoria de los extremos temporales del vínculo contractual, fijados en dicho escrito, el cual corresponde a extremos diferentes a los señalados en la demanda inicial del trámite de única instancia.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el *sub judice* no existe debate en cuanto a que, entre el demandante y la empresa LATAMSEC SECURITY LTDA existió un contrato de trabajo, pues así lo encontró probado el A quo y no fue objeto de debate en esta instancia, en la medida en que la encartada en el recurso de alzada no negó la relación laboral, sin embargo, mostró reparo en lo atinente a la declaratoria de un único vínculo contractual.

En este aspecto, debe señalar esta Colegiatura que, si bien es alegada por la parte demandada la existencia de varios contratos de trabajo entre las partes, de los interrogatorios recepcionados a las partes, se concluye, que los extremos de la litis, son reiterativos al indicar, en primera medida, el demandante que solo existió un vínculo contractual y el representante legal de la empresa convocada a juicio, en que después de la firma del primer contrato, el demandante solicitó la terminación del mismo y celebraron varios contratos en forma verbal.

Sin embargo, de lo dicho por el demandado, no fue allegado contrato adicional u otrosí suscrito por las partes, que puedan dar certeza de la existencia o mutación del convenio contractual inicial y con ello dar convicción sobre su dicho, respecto a la existencia de multiplicidad de contratos, ya que el único documento que acredita la vinculación laboral data del 1 de febrero de 2014, el cual fuera adosado a folio 4 del cartulario.

Por otro lado, no se pasa por inadvertido que de las liquidaciones de contrato de trabajo allegadas por la parte demandada a folios 64, 66, 68, 70; 72, 73, 74 al momento de contestar la demanda, se puede colegir que en efecto, el contrato fue continúo desde el 1 de febrero de 2014 hasta el 16 de mayo de 2016.

Dados los anteriores argumentos, no saldrá avante en este punto, el argumento esgrimido por el recurrente.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

De otra parte, solicita la demandada se aplique el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo en vez del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el cual trata del pago de la sanción por no consignación de cesantías. Para zanjar esta controversia, estima necesario la sala citar lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 99 íbidem, que rezan:

> *"...3º El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."*

> *4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos…" (subrayado fuera de texto)*

De esta manera, según los lineamientos trazados por la norma en cita la sanción por no consignación de las cesantías correrá cuando quiera que no hayan sido consignadas las cesantías al Fondo elegido por el trabajador, del 16 de febrero hasta la fecha en que finalice la relación laboral, data para la cual surge la obligación de cancelar directamente al trabajador los saldos insolutos de las cesantías, como tuvo la oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15097 de 2014, cuando indicó:

> *"En tal contexto, desde ya se advierte que la razón está del lado del recurrente, pues tal como lo sostuvo esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, 14379, reiterada posteriormente en la CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 37766, la sanción moratoria establecida en la L. 50/1990, art. 99, se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo Radicación n.° 46150 12 en tanto a partir de esa data cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, por cuanto lo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar."*

En el caso puesto a consideración, estima el recurrente que el juez de conocimiento debió aplicar lo dispuesto en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual reza;

> ***ARTICULO 254. PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES.*** *Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.*

De la norma alegada como quebrantada, esta Colegiatura debe precisar que el apoderado trae a colación la sentencia SL7335 de 2014, en la que fue Ponente, la Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que señala;

"…Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto. Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186.

En el presente asunto, no es materia de controversia que el empleador pagó directamente a su trabajadora las cesantías causadas por cada uno de los períodos indicados en las documentales de folios 26, 159, 161, 162, 168 a 169, 171, 180 a 181 y 184 a 185. La anterior conducta conllevó a que las instancias lo ***sancionaran*** *con la pérdida de lo sufragado directamente al trabajador, y en consecuencia, se ordenara nuevamente su pago.*

En este orden, no resulta procedente volver a gravar al demandado con una sanción cuando su conducta ya fue castigada con la condena por concepto de cesantías y que se traduce en el pago doble de éstas…"

De la sentencia traída a colación por el apoderado de la parte demandada, debe precisarse que el objeto de estudio realizado por la Alta Corporación, obedeció al pago de cesantías efectuado en forma parcial a un trabajador y en el que, el Juez de conocimiento ordenó nuevamente el pago del enunciado concepto, efectuándose un doble pago, ya que, a la luz del artículo 254 del C.S. del T., el valor pagado directamente al trabajador se tenía como no pago.

En este aspecto, debe precisarse que el demandante, en el interrogatorio de parte rendido manifestó que *"…La trazabilidad documental que ustedes presentan en la contestación de la demanda, es meramente descriptiva, y son unos valores que ni están suscritos, ni están debidamente protocolizados en ningún documento, ni constan por las firmas de las partes, son de manera descriptiva, esos valores que transfirieron efectivamente a la cuenta mía pero que no demuestran el detalle…"*

Luego entonces, a pesar de que el demandante en su declaración, desconoció los documentos allegados por la pasiva, denominados

liquidación de prestaciones sociales, obrantes a folio 64, 66, 68, 70; 72, 73, 74, aún cuando, estos se encuentran suscritos por él mismo, y de los cuales se presume su veracidad conforme a lo dispuesto en el artículo 54 del C.S.T., éste finalmente, acepta que recibió los depósitos de la demandada, por lo que, el Juez de conocimiento tuvo en cuenta los pagos parciales de cesantías efectuados por Latamsec Security Ltda, tan es así, que declaró probada parcialmente la excepción de pago propuesta por la convocada a juicio y ordenó pagar únicamente la diferencia de cuatro días de cesantías causadas en 2016, y de los cuales el empleador no tenía obligación de consignar, al haberse terminado la relación laboral en mayo de dicha anualidad.

En este punto, debe recalcar esta Colegiatura que por concepto de sanción por no consignación de cesantías no se efectúo una doble condena, ya que la misma fue tasada por los años 2014 y 2015 y la misma fue limitada por el operador judicial hasta dicha data, aún cuando, en este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2580 del 10 de julio de 2019, Magistrado Ponente, Doctor Jorge Prada Sánchez, ha exteriorizado, que el límite temporal de la enunciada sanción es la finalización del contrato de trabajo:

"…Como Almacenes de Compraventa Express y Cia Ltda, soportó la buena fe en el hecho de que mediante comunicación de 28 de abril de 2010, Donaldo Navarro López le solicitó la liquidación parcial de cesantías de 2009 para cancelar un crédito hipotecario, las razones esbozadas en sede extraordinaria son suficientes para desestimar el planteamiento del apelante, tendiente a que se le exima del pago de la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sin embargo, como con el recurso de apelación la sociedad demandada persigue que se adelante el estudio de legalidad sobre la condena por la indemnización aludida, es necesario señalar que si bien, hay lugar a su imposición, conforme lo ya analizado, se equivocó el ad quem al definir que la sanción se extendería «hasta que se efectúe su pago», cuando en términos de la doctrina de la Sala de Casación Laboral, ha debido ser hasta la fecha de finalización del contrato, como lo adoctrinó en la sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, rad. 14379.

Por lo anterior, se modificará el numeral tercero de la sentencia del a quo, en el sentido de indicar que el pago de la indemnización deberá efectuarse hasta la fecha de finalización del contrato, el 30 de junio de 2010…".

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente el alcance equivocado que la parte demandada le dio a la norma en comento, ya que una cosa, es el pago de las cesantías e intereses causados durante la relación laboral y otro es la sanción por no consignación de las cesantías por el empleador en forma oportuna en el fondo al cual se encuentre afiliado el trabajador, además, el presente tema ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral del CSJ. A propósito, en sentencia SL417-2021, M.P., Iván Mauricio Lenis Gómez se señaló al respecto:

"En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. Asimismo, dicha disposición señala en el numeral 4.º que si a la terminación del contrato existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo respectivo, el empleador los pagará directamente con los intereses legales respectivos (…).

En este punto es oportuno señalar que dichas indemnizaciones no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una

doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, de modo que lo pertinente es entender que la indemnización por no pago oportuno de cesantías corre hasta la finalización del contrato de trabajo y, de persistir esa deuda, a partir de ese momento comienza a generarse la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En otros términos, la indemnización por no consignación de cesantías tiene su fundamento en el incumplimiento del empleador de no pagar tal derecho laboral en el término legal y solo puede generarse durante la vigencia del contrato de trabajo y cesa en el momento en que este termina…"

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisión del Juez primigenio, dado que la sanción por no consignación, va hasta la finalización del contrato de trabajo y esta fue limitada a febrero de 2016, por lo que, en este aspecto, la modificación de este concepto, haría más gravosa para el único apelante, en tal sentido, se confirmará la sanción impuesta.

Colofón de lo anterior y al no ser objeto de apelación el quantum de la sanción impuesta por no consignación de las cesantías del trabajador, el mismo se encuentra en firme y no se hará pronunciamiento al respecto.

COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la demandada LATAMSEC SECURITY LTDA, ante la improsperidad de la alzada, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de $800.000, las cuales serán liquidadas por la secretaría del Juzgado d conocimiento.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a los motivos argüidos en la presente providencia.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la demandada LATAMSEC SECURITY LTDA, fijando como agencias en derecho la suma de $800.000, las cuales serán liquidadas por la secretaría del juzgado de conocimiento.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **WILLIAM URREGO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional (Sant.) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Doctora María Camila Bedoya García.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Briggite Natalia Carrasco Boshell** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.121.914.728 de Villavicencio y tarjeta profesional 288.455 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir S.A.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **WILLIAM URREGO** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP PORVENIR S.A., por omisión en el deber de información; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones; se condene a la administradora del RPM a activar su afiliación, al igual que aceptar y recibir el traslado de todos los aportes; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (fls. 24 y 25).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 25 a 26 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 29 de julio de 1961; se

afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través de la otrora Cajanal desde el 11 de noviembre de 1995; que el 27 de agosto de 2001, se trasladó a la AFP Porvenir antes BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.; que la sociedad en mención no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen pensional y no le asesoró sobre las desventajas de dicho acto jurídico; que reclamó ante Colpensioens la nulidad de su traslado de régimen, petición que fue despachada de manera desfavorable por la entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, de las pruebas arrimadas al proceso, se constata que el traslado efectuado por el accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, amén que los respectivos asesores de la AFP llamada a juicio suministraron la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía dicho acto jurídico. Aduce que es al accionante a quien corresponde desvirtuar la buena fe de la AFP llamada a juicio y que, este cuenta en la actualidad con más de 50 años de edad, por tanto, se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por manera que Colpensiones presenta una imposibilidad jurídica de realizar un traslado del actor con origen en el RAIS. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 50 a 58).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la afiliación del actor no contiene vicio alguno en el consentimiento, pues por el contrario están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen por este realizada. Precisa que la primera vinculación del convocante al RAIS lo

fue a través de la AFP Protección y se trasladó a Porvenir cuando ya llevaba dos años de afiliación a dicho régimen. Indica que Porvenir le suministró al convocante la información que se encontraba acorde con las disposiciones legales y las instrucciones que para el momento había impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Concluyendo que el actor tomó una decisión informada y consciente, siendo señal de ello el formulario de vinculación, en el cual manifestó su pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fls. 76 a 84).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en calidad de *litis consorcio* necesario se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones formuladas, excepto respecto de la condena en virtud de las facultadas *ultra y extra petita*, y la condena en costas, a las cuales se opuso. Indicó que el demandante solicitó su traslado a la AFP Colmena AIG S.A. hoy Protección S.A., lo cual hizo de manera libre y voluntaria, recibiendo por parte de los asesores de la sociedad la información exacta y veraz que debe proporcionarse a los afiliados. Agrega que el convocante hizo tránsito por diferentes administradoras de fondos de pensiones del RAIS, ratificando así su permanencia en dicho régimen de pensiones. Finaliza indicando que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM y no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para hacerlo en cualquier tiempo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondos de pensiones Protección

S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 147 a 151).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de julio de 2020, resolvió **declarar** nulo e ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y el posterior traslado a la AFP Porvenir S.A.; **declarar** que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Protección S.A. a devolver de su propio patrimonio a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el tiempo que el actor permaneció a dicha sociedad desde el 5 de enero de 2000 hasta el 30 de septiembre de 2001, debidamente indexados; **condenar** a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, desde el 1° de octubre de 2001 y hasta el momento en que se haga efectivo el traslado; **ordenar** a Colpensiones actualizar la información en la historia laboral del demandante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y condenar en **costas** a la AFP Protección y a la AFP Porvenir; **sin costas** en contra de Colpensiones (Cd. a folio 160).

> Lo anterior por considerar el *a quo* que, en el presente asunto, no existe causa ilícita y objeto ilícito al interior del negocio jurídico que celebró el demandante con la AFP Protección, pese a ello, se acreditó el interior del mismo que se omitió suministrar la información completa, precisa y

cierta que le correspondía al fondo privado, en el ejercicio de la asesoría y buen consejo, aspecto este que decanta en la acreditación del dolo y que conlleva a la nulidad del negocio jurídico, lo cual no se convalida con los distintos traslados efectuados al interior del RAIS, como así lo tiene sentando la Corte Suprema de Justicia, precisando igualmente que la profesión de abogado del demandante no exonera a las AFP demandadas, de acreditar que le entregaron la información clara, precisa y detallada sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis que, el traslado del convocante se efectuó de manera consciente y espontánea, sin apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que tuvo lugar el acto jurídico. Indica que el convocante recibió una información suficiente, veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, amén que suscribió el formulario de vinculación, que cumplía con todos los requisitos de ley y se encontraba aprobado por la Superintendencia Financiera. Menciona que se suministró la información exigida para la época, que no era la establecida por la Corte Suprema de Justicia, pues las AFP adquirieron la obligación de asesoría tanto para sus afiliados como para el público en general, con los Decretos 2555 del 2010, 271 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, sumando a ello que la realización de una proyección no era legalmente exigible, y en todo caso, no sería ajustada a la realidad del actor, ya que se hubiere efectuado hacia el año 2000, en el que no había consolidado toda su historia laboral. Añade que conforme al artículo 94 del Decreto 692 de 1994, Protección y Porvenir no podían rechazar o negar una solicitud de afiliación, además el actor podía retractarse dentro de los 5 días después, sin que dicha facultad hubiere

sido ejercida por este; tampoco echó mano de las distintas oportunidades que tuvo a su disposición para retornar al RPM, de lo que se concluye su interés de mantenerse vinculado al RAIS, precisando que de ellas tenía conocimiento por su condición de abogado, dado que se encontraban establecidas en la ley, y en todo caso, no puede excusarse en su desconocimiento. Considera que el extremo activo actuó de manera negligente en relación con su traslado, pues mostró desinterés sobre su situación pensional cuando ya había pasado varios años, lo cual expresamente advirtió en su interrogatorio de parte, al indicar que no consultó los canales dispuestos por Colpensiones, Porvenir y Protección, acotando que tuvo conocimiento sobre obtener una mejor mesada pensional en el RPM, a través de comentarios de pasillo, efectuados en su entorno laboral. Aduce que no debe imponerse condena por devolución de gastos de administración y las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, dado que las mismas tienen por mandato legal una destinación específica, que se cumplió en el caso del demandante, en tanto fueron invertidas para cubrir todos los gastos concernientes a una correcta administración de los aportes, como lo son las inversiones tendientes a obtener rentabilidades, siendo claro que ya no se encuentran en poder de la AFP.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, argumentando en síntesis que el fallo proferido por el Juzgado de Conocimiento desconoce el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues todas las entidades de seguridad social tienen el deber de cobrar los gastos de administración, lo cual se ratifica por parte del artículo 7° *ejusdem*, y comprende la gestión que realizan los fondos, en pro del debido cuidado de los dineros y aportes de los afiliados. Añade que la devolución de esos gastos vulnera el principio de igualdad y desconoce el cuidado y crecimiento de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, igualmente, atenta contra

el patrimonio propio de la AFP Protección y desconoce las restituciones mutuas que contempla el Código Civil, generando un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

En lo que atañe a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, aquella no formuló recurso alguno y se sujetó al grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la

medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

A su turno, la apoderada de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. indica que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Añade que no procede condena por la devolución de gastos de administración y concepto de primas de los seguros previsionales, al ser parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. manifiesta que resulta totalmente improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, toda vez que esta orden proferida por el A Quo va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que en la redacción original en su artículo 20, dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, posteriormente fue ratificada en la Ley 797 de 2003, en su artículo 7. Igualmente, desconoce el fallador de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que, en la sentencia concede al demandante la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de

administración y los rendimientos que se generaron, olvidando por completo la gestión profesional realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folio 6 del paginario, en la cual se observa petición de nulidad de traslado elevada ante Colpensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las AFP demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por WILLIAM URREGO al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 1); solicitudes elevadas ante Porvenir y Colpensiones, junto con sus respuestas (fls. 4 a 9); simulación pensional efectuada por la AFP Porvenir (fls. 10 a 13); historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 14 a 20 y 92 a 115); formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 21 y 87), expediente administrativo (Cd. a folio 22 a 23 y 68), certificación expedida por la AFP Porvenir S.A. (fl. 86); historial de vinculaciones de Asofondos (fls. 88 a 89 y 154); historial para bono pensional (fls. 90 a 91); comunicados de prensa (fls. 118 a 119); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 152); reporte estado de cuenta expedido por la AFP Protección (fl. 153) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Cd. a folio 160).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> *«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse 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.(…)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que ***la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de

abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> «*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro*».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

> «*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*
>
> *1.* ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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 SL12136-2014).

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse

con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos

de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban

asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que

las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y

(iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de mayo de 1996, tal como se advierte del formulario de afiliación que milita en el expediente administrativo (CD. folio 67), para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 11 de mayo de 1999 (fl. 152); finalmente, se vinculó a la AFP Porvenir el 27 de agosto de 2001 con efectividad del 1º de octubre de símil año (fls. 86 y 87), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición

artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 152).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que para la época de su traslado, le fue indicado por el asesor de la AFP a la cual se trasladó, que su pensión sería mayor en el nuevo régimen y que podría pensionarse a cualquier edad, lo cual sería posible por los diferentes rendimientos que se reportarían a su favor; además, precisa que no recuerda muy bien la fecha de su traslado ni a qué entidad se afilió, como tampoco su traslado horizontal a la AFP Porvenir. (Cd. a folio 160).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colmena hoy Protección S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto al actor, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta

individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

> «*… la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*».

Ahora, atendiendo los reparos elevados por los profesionales del derecho de las administradoras del régimen de ahorro individual, respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no

encuentra yerro en la disposición impartida por el Juez de primera instancia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».*

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es,* ***de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada****,* ***por*** *mesadas pensionales* ***o gastos de administración****...»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

> *«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:*
>
> > *«Del texto transcrito es razonable colegir que,* ***al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida*** *y cuáles no, la norma está precisando* ***la vinculación que produce efectos jurídicos*** *y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que* ***lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado****...*
> > *(...)»* (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo,* en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de $600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 29 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **WILLIAM URREGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de $600.000 para cada una.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-
de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARCO ALFONSO QUINTERO FRANKLIN** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional (Sant.) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Doctora María Camila Bedoya García.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MARCO ALFONSO QUINTERO FRANKLIN** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP PROTECCIÓN S.A., al igual que debe retornar al RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Protección trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas como aporte pensional, con destino a Colpensiones; se condene a la AFP Protección pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su pensión en el RPM; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho. (fls. 43 y 44).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 41 a 43 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 6 de mayo de 1963; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 7 de octubre de 1986; que el 25 de enero de 2000, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección, para lo cual se le indicó por parte la sociedad que el ISS desaparecería y que en el RAIS podía definir la fecha en la cual se pensionaría, sin requerir de un número mínimo de semanas ni de una edad específica; que nunca se le informó el capital que requería para acceder a la pensión de vejez, ni tampoco se le efectuaron proyecciones pensionales, y no se le indicó que debía

ahorrar a lo menos el 20% de sus ingresos para efectos de acceder a una mesada pensional digna; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, petición que fue negada por la entidad, bajo el argumento que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a las pretensiones que fueron invocadas en su contra, al considerar en esencia que, de las pruebas arrimadas al proceso, se constata que el traslado efectuado por el accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, amén que los respectivos asesores de la AFP llamada a juicio suministraron la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía dicho acto jurídico. Aduce que el accionante cuenta en la actualidad con más de 50 años de edad, y por tanto, se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por manera que Colpensiones presenta una imposibilidad jurídica de realizar un traslado del actor con origen en el RAIS. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fls. 80 a 88).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se solemnizó con la suscripción del formulario, generándose así un verdadero contrato, en virtud del cual surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Agrega que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPM. Concluye indicando que la forma como

hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS, no hace nula la afiliación del convocante, dado que la misma se encuentra consagrada tanto en la Ley 100 de 1993 como en los Decretos Reglamentarios 1555 y 3099 de 2015. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 109 a 121).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 7 de diciembre de 2020, resolvió **declarar** nulo e ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de la AFP Protección S.A.; **declarar** que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, desde el 1° de marzo de 2000 y hasta el momento en que se haga efectivo el traslado; **ordenar** a Colpensiones actualizar la información en la historia laboral del demandante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y condenar en **costas** a la AFP Protección; **sin costas** en contra de Colpensiones (Cd. a folio 163).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto, no existe causa ilícita y objeto ilícito al interior del negocio jurídico que celebró el demandante con la AFP Protección, pese a ello, se acreditó el interior del mismo que se omitió suministrar la información completa, precisa y cierta que le correspondía al fondo privado, en el ejercicio de la asesoría y buen consejo, aspecto este que decanta en la acreditación del dolo y que conllevaría a la nulidad del negocio jurídico, sin embargo, a la luz de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, lo que se debe estudiar es la eficacia del acto jurídico, el cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación, sino que debe contar con la información suficiente que le permita tomar una decisión libre y voluntaria, aspecto este que no se acreditó en el *sub lite*.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis que, no procede incluir en la condena impuesta por el A Quo los dineros descontados por gastos de administración, al tratarse de sumas causadas, que fueron deducidas en aplicación de disposiciones legales, validas, vigentes y exequibles, y que se sustentan la debida administración de la cuenta de ahorro individual del extremo activo, la cual ha generado unos rendimientos significativos a lo largo del tiempo de su afiliación a la AFP Protección, dado que el patrimonio del convocante ha aumentado entre un 105% y un 110%, respecto a los depósitos que ha realizado en la mentada cuenta, pues la sociedad ha puesto todo su conocimiento y su experticia en dicha labor, constituyendo la devolución de esos gastos de administración un detrimento a su patrimonio y un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y de Colpensiones.

En lo que atañe a la demandada **ADINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, aquella no formuló recurso alguno y se sujetó al grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: La apoderada de la parte demandante persigue la confirmación del fallo opugnado, con sustento en que dentro del proceso no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que la AFP PROTECCIÓN, entregó una información lo suficientemente clara y oportuna al convocante; al contrario, de su interrogatorio de parte, quedó establecido que la reunión donde se le vinculó a PROTECCIÓN, fue de carácter colectivo, y que en ningún momento se indagó por las características del potencial cliente, como su edad, su formación profesional o su composición familiar, de suerte que el deber de información no se acredita con la suscripción del formulario, como así se encuentra definido en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada COLPENSIONES: La apoderada sustituta de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse

del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento a través de la presentación de la demanda, dado que no obra en el proceso solicitud ante Colpensiones peticionado la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la AFP demandada, y el grado jurisdiccional de consulta a

favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumar las obligaciones imputadas o sí esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si la AFP Protección está llamada a hacer la devolución de los descuentos que efectuó sobre la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de gastos de administración.

Denotando que, ante la carencia de reparo por la AFP PROTECCIÓN en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutara consideración al respecto.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (folio 2 y 28), comunicación emitida por la AFP Protección S.A. (folios 4 a 6 y 135 a 137), formulario de vinculación (fls. 7, 27 y 122), historia laboral expedida por Protección (fls. 8 a 26, 126 a 134 y 158 a 197), comunicación emitida por Colpensiones (fl. 30), historia laboral actualizada y reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 31 a 32), historia laboral para bono pensional (fl. 123); expediente administrativo (CD folio 89), comunicados de prensa (fls. 151 a 153) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (medio magnetofónico a folio 163); de las cuales se colige, que el demandante elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de octubre de 1986[2]; luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 31 de enero de 2000 con efectividad al 1° de marzo de igual anualidad (fl. 7), fondo este

[2] Folio 31

último, en el cual se encuentra actualmente vinculado y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones, como da cuenta la historia laboral consolidada (folios 138 a 197); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la nulidad declarada por el Juez de Conocimiento se sustentó, entre tras cosas, en el engaño sufrido por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., ante la inexistencia de información veraz, integra y que atendiera la situación pensional de MARCO ALFONSO QUINTERO FRANKLIN, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, estando bajo un vicio de consentimiento denominado dolo, al inducirse al afiliado en error al momento del traslado, la nulidad declarada se apareja indiscutiblemente a la ineficacia del traslado y, como consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única valida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, en lo que atañe a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Protección

S.A. ha de decirse que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».*

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es,* ***de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada****,* ***por*** *mesadas pensionales* ***o gastos de administración****...»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

> *«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:*
>
> *«Del texto transcrito es razonable colegir que,* ***al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida*** *y cuáles no, la norma está precisando* ***la vinculación que produce efectos jurídicos*** *y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que* ***lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado*** *(...)»* (Aparte resaltado de la Sala)

En tal virtud, no le asiste razón al apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas, en consecuencia, se confirmará la

decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de $400.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 7 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARCO ALFONSO QUINTERO FRANKLIN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de $400.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-
de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HERMES DARÍO JARAMILLO MARULANDA** CONTRA **LUPA JURÍDICA S.A.S.** Y **PROTECH INGENIERÍA S.A.S.** COMO INTEGRANTES DE LA **UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HERMES DARÍO JARAMILLO MARULANDA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de dos contratos de trabajo por obra o labor determinada con **UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP** conformada por **LUPA JURÍDICA S.A.S. y PROTECH INGENIERÍA S.A.S.**; el primero de ellos entre el 27 de abril y el 27 de octubre de 2016; el segundo de ellos, entre el 28 de octubre de 2016 y el 19 de diciembre de símil año, siendo terminado este último por decisión unilateral y sin justa causa por parte del extermo pasivo, cuando presentaba un estado de debilidad manifiesta por salud; igualmente, se declare que su enfermedad tiene origen profesional; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir desde el 19 de diciembre de 2016 hasta la fecha que se emita sentencia, lo que resulte porbado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 4 a 6 archivo 1 del expediente digital

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 6 y 128 a 129 archivo 1 del expediente digital, que en síntesis advierten que, suscribió contrato de trabajo a término fijó con la **UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP** el 27 de abril de 2016, el cual se mantuvo vigente hasta el 27 de octubre de 2016; que suscribió un nuevo contrato a término fijo con el extremo pasivo el 26 de octubre de 2016, cuya terminación tuvo lugar el 19 de diciembre de 2016, por previo aviso; que durante la ejecución de la labor se desempeñó como dependiente judicial, debiendo revisar de lunes a viernes los estados que publicaban los Juzgados Laborales del Circuito y Pequeñas Causas

Laborales, así como las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, junto con su Sala de Consulta y Servicio Civil, y Secretaría General de la Corte Constitucional. Añade que también debía radicar contestaciones de demanda, recursos y demás documentos establecidos por su jefe inmediato; todo ello a cambio de una remuneración mensual equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente más auxilio de transporte; que su horario de trabajo lo fue de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.; que durante la vigencia de la relación laboral presentó molestias físicas en ambas rodillas, las cuales se hicieron más agudas con el paso del tiempo, dado que para el cumplimiento de sus funciones requería realizar varios desplazamientos. Indica que fue incapacitado por su médico tratante entre el 13 y 14 de diciembre de 2016, al igual que entre el 16 y el 22 de símil mes y año. Concluye indicando que el 22 de junio de 2017 recibió recomendaciones laborales relacionadas con las actividades que desempeó para la llamda a juicio.

CONTESTACIÓN: La demandada **LUPA JURÍDICA S.A.S.** aceptó la existencia de los contratos de trabajo a término fijo aducidos por el demandante, al igual que su oposición a las restantes pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la última relación laboral finalizó por vencimiento del término pactado, según notificación que se realizó el 19 de noviembre de 2016. Agrega que no tuvo noticia ni conocimiento alguno de dolencia o padecimiento especifico que determinara una protección especial o la estructuración de algún tipo de enfermedad en cabeza del demandante. Aduce que la carta de fecha 22 de junio de 2017, expedida por la EPS Famisanar, se encuentra dirigida a otra empresa, denominada Servi Industriales y Mercadeo S.A.S., lo cual comprueba que el actor para tal data era empleado de e un tercero. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones,

compensación, prescripción y las que se lleguen a demostrar en el proceso (folios 202 a 206 archivo 1 del expediente digital).

A su turno, la demandada **PROTECH INGENIERÍA S.A.S.** manifestó su oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que los dos contratos de trabajo a término fijo celebrados con el actor terminaron por la expiración del plazo pactado, acotando que el último de ellos tenia como fecha de terminación el 19 de diciembre de 2016, por lo que el preaviso respectivo le fue entregado al trabajador el 19 de noviembre de la misma anualidad. Añade que las supuestas incapacidades médicas fueron otorgadas en fechas para las cuales la parte pasiva ya había informado al trabajador que el segundo vinculo laboral no sería prorrogado, por manera que el finiquito no obedeció a la supuesta limitación física del convocante, la cual tampoco se encuentra acreditada, porque no obra calificación de pérdida de capacidad laboral en por lo menos un 15%. Concluye indicando que las recomendaciones dadas al demandante, datan del 22 de julio de 2017, es decir, pasados más de 6 meses de haber culminado el último contrato celebrado. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados los contratos laborales terminaron por expiración del plazo fijado, no encontrarse acreditada la limitación física del demandante-inexistencia de estabilidad laboral reforzada, inexistencia de enfermedad de origen profesional y buena fe. (folios 238 a 246 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de marzo de 2021, resolvió **absolver** a las sociedades demandadas como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declarar**

probadas las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de enfermedad de origen profesional, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones propuestas por el extremo pasivo y **condenar** en costas al demandante (Archivo de audio 24 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, aun cuando el actor durante la vigencia de la relación laboral presentó bursitis de rodilla, como enfermedad de origen común y le fueron ordenadas incapacidades durante el último mes de servicios, siendo la última de ellas, la establecida entre el 16 y el 22 de diciembre de 2016, lo cierto es que no se acreditan ninguna de las condiciones exigidas por la Corte Constitucional para considerar que a la fecha del finiquito, el actor contaba con la estabilidad ocupacional reforzada por disminución física, pues sus incapacidades no fueron constantes, tampoco existe constancia que hayan sido puestas en conocimiento al empleador junto con su historia clínica, amen que no se demuestra la existencia de una afectación en su salud que le impidiera el desempeño de sus funciones, y aunque obran recomendaciones laborales, estas fueron expedidas mucho tiempo después de la terminación del último contrato de trabajo. Por manera que, pese a que el vinculo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del extremo pasivo, al no acatar el término legal establecido para el preaviso, no puede concluirse que ello obedeció al estado de salud del convocante.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de reparo que, en el proceso no se negó la existencia del vinculo laboral, quedando acreditado que en efecto prestó sus servicios a favor de las demandadas en condición de dependiente judicial. Manifiesta que obran en el expediente recomendaciones laborales, expedidas con base en la historia clínica y la actividad diaria realizada por el trabajador, por manera que existió un daño causado por la labor desempeñada. Añade que el superior jerárquico debe valor todas las pruebas aportas y considerar que las enfermedades laborales

tienen una evolución en el tiempo y que nunca se controvirtió el deterioro físico que padeció el actor.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Aduce que de conformidad con las normas aplicables al caso, el pronunciamiento de la Corte Constitucional y toda la documental obrante en el expediente, las demandadas pretenden escudarse en una falta de notificación por parte del demandante de las molestias físicas, de las incapacidades y que las recomendaciones están dirigidas a un tercero, para desconocer los derechos que le asisten en atención a la debilidad manifiesta, dejando de lado que las enfermedades tienen una evolución, un desarrollo que solo con el paso del tiempo, la práctica de determinados exámenes especializados, el desarrollo de alguna terapia, o las indagaciones que se realizan se puede determinar si existe una estabilidad laboral reforzada, y siendo esta una justicia rogada, es procedente que se amparen sus derechos, más aun cuando las demandadas de mala fe manifiestan que nunca conocieron de las afecciones físicas que presentó, las incapacidades y los tratamientos médicos a los que fue sometido. Finalmente, allega con su escrito de alegaciones, pruebas documentales que no fueron solicitadas ni decretadas en primera instancia.

Parte demandada: Indica que la terminación del contrato fue por vencimiento del término inicialmente pactado, pues se presentó ante el trabajador carta de no prórroga del contrato el 19 de noviembre de 2016, en la cual no existen observaciones, ni sugerencias, ni comunicación al empleador de inconformidad alguna. Agrega que a la

unión temporal no le fueron comunicadas de manera oportuna las incapacidades médicas expedidas en favor del demandante de diciembre de 2016, ni la historia clínica, ni las recomendaciones médicas relacionadas a nombre de otro empleador de fecha 22 de junio de 2017, aun así, las incapacidades emitidas para cuando estaba vigente la relación de trabajo, no son suficientes para acreditar una pérdida de capacidad laboral o una disminución de la misma. Señala que el nexo de causalidad aludido en la apelación, entre las incapacidades emitidas el 13 y 14 de diciembre y del 16 al 22 de diciembre de 2016 no tienen sustento probatorio, pues quien debe determinar tal circunstancia es el médico tratante y no bajo supuestos del apoderado de la parte actora. Por lo anterior, peticiona la confirmación del fallo impugnado.

En escrito posterior, solicita sean rechazadas las pruebas que pretende incluir el apoderado de la parte demandante por ser extemporáneas y temerarias, pues teniendo la oportunidad procesal para manifestar inconformidad por el rechazo probatorio, no presentó recurso alguno dentro del término legal, por lo que deben ser rechazadas las imágenes de correos electrónicos que datan del año 2016 y a su vez, la práctica de los interrogatorios solicitados en la demanda inicial. Finalmente pretende se de aplicación a las disposiciones establecidas en el Código General del Proceso, en el artículo 79 que trata de la temeridad y mala fe, por las actuaciones con carencia de fundamento legal y las demás que estime pertinentes y como consecuencia de ello, se de aplicación a lo establecido en los artículos 80 y 81 de la misma norma.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], el determinar si al momento de la desvinculación de HERMES DARÍO JARAMILLO MARULANDA se encontraba resguardado por estabilidad laboral reforzada y, si con ocasión a ello, procede el pago de los emolumentos reclamados en la demanda.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia dos vínculos laborales entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el *A quo* en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de reparo por la llamada a debate; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, licitación pública No. LP 003-2015 (fls. 19 a 21 archivo 1 del expediente digital); copia cédula del representante legal de la Unión Temporal (fl. 4 archivo 1 del expediente digital); póliza de cumplimiento (fls. 25 a 28 archivo 1 del expediente digital); documento constitutivo de la Unión Temporal demandada (fls. 36 a 38 y 270 a 275); certificados de aportes parafiscales (fls. 39 a 40); Registro Único Tributario y Registro de Información Tributaria (fls. 41 a 42); Acta de

[2] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

adjudicación licitación pública (fls. 44 a 49); contratos de trabajo a término fijo (fls. 50 a 53, 229 a 230, 234 a 235 y 247 a 250); certificaciones laborales (fl. 55, 208 y 226); órdenes de incapacidad (fl. 56); recomendaciones laborales (fls. 58 a 61); historia clínica (folios 62 a 83); aviso de terminación contrato de trabajo a término fijo (fl. 85, 228, 233 y 251); derecho de petición y su respuesta (fls. 87 a 89); liquidación contrato de trabajo (fl. 209, 227, 232 y 252); certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social (fls. 210 a 212 y 225); certificados de afiliación a Caja de Compensación Familiar y a ARL (fls. 214 a 215); comprobantes de nómina (fls. 216 a 224 y 260 a 268) copia cédula de ciudadanía del demandante y hoja de vida (fls. 236 a 237); e interrogatorio de parte absuelto por el convocante a juicio (Archivo de audio 22 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que HERMES DARÍO JARAMILLO MARULANDA trabajó al servicio de la UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP conformada por LUPA JURÍDICA S.A.S. y PROTECH INGENIERÍA S.A.S. desempeñando el cargo de dependiente judicial y con una última remuneración equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a través de dos contratos de trabajo a término fijo, los cuales se ejecutaron entre el 27 de abril y el 27 de octubre de 2016 y desde el 28 de octubre hasta el 19 de diciembre de símil año, según se certifica por el extremo pasivo (folios 54 a 55 archivo 1 del expediente digital), se acepta por las partes y se reconoce por el *A Quo*, siendo importante precisar que respecto al último vínculo en referencia, la demandada allegó al actor comunicación de fecha 19 de noviembre de 2019, en la cual le informó que dicho vinculo no sería renovado; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio a la determinación judicial de primera instancia.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN LEY 361 DE 1997

En lo que atañe a la protección de los trabajadores en estado de incapacidad o debilidad manifiesta, preciso resulta indicar que el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 fue modulado por la H. Corte Constitucional en sendas sentencias, conduciendo a una interpretación humanizada de los preceptos en ella contenidos y que dimanaron en la expedición de la Ley 361 de 1997. Regulación que en su artículo 26, dispuso que la persona limitada físicamente no puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Al punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T – 521 de 2008, reiteró que el concepto de estabilidad laboral reforzada conduce a la guarda del trabajador discapacitado y la necesidad de elevar solicitud ante el Ministerio del Trabajo, para que medie autorización para la desvinculación. Indicación que conjuga los mandatos constitucionales vistos en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Nacional, y de los cuales se puede concluir la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral cuando se está en presencia de trabajadores enfermos o incapacitados.

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectué pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de

discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

Garantía constitucional que se predica para aquellos que se encuentran en uso de incapacidad médica u ostentan alguna condición física, como fue enseñado en sentencia T – 1040 de 2001, al señalar «***no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.*** *Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que,* ***por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta***» (Resalta fuera de texto)

En igual sentido, justo es recordar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 411 de 2017, estableció que la estabilidad laboral reforzada se podía pregonar, incluso, respecto de aquellos trabajadores que no contaran con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por no ser esa una prueba solemne, siempre y cuando la empresa tuviera pleno conocimiento de su discapacidad. Y en reciente pronunciamiento, esa Alta Corporación dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba, siempre y cuando, el trabajador acredite que se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato, y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

> *(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias,* ***lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.***
>
> *(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral,* ***el trabajador demuestra su situación de discapacidad,*** *el despido se presume discriminatorio,* ***lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas****, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
> *(…)»*

Lográndose concluir, que bajo los actuales postulados de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es menester para la persona que reclama el resguardo por una condición de salud apremiante, acreditar primeramente una situación evidente de disminución en su salud que le permita titularse en trabajador con discapacidad.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, desciende esta Sala a zanjar los reparos presentados por el accionante que, según la interpretación del poco claro recurso de alzada, se centran en la situación de salud que impedía su retiro del servicio.

Aclarado lo anterior, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:

1. Certificado de incapacidad ordenada al demandante entre el 13 de diciembre y el 14 de diciembre de 2016, bajo el diagnóstico M239 (fl. 56 archivo 1 del expediente digital).

2. Certificado de incapacidad expedido al demandante desde el 16 de diciembre hasta el 22 de diciembre de 2016, bajo el diagnóstico M705 (fl. 57 archivo 1 del expediente digital).

3. Recomendaciones laborales expedidas por Famisanar EPS el 22 de junio de 2017, para el empleador SERVI INDUSTRIALES Y MERCADEO S.A.S., en las cuales se indica *«Teniendo en cuenta que su cargo es AUXILIAR JURÍDICO, y que sus funciones son: DAR RESPUESTA A DERECHOS DE PETICIÓN Y APOYO A DIFERENTES ÁREAS, HACER SEGUIMIENTOS, DIGITAR, VARIFICAR INFORMACIÓN, HACER VALER ORDENES JUDICIALES, MANEJO DE BASES DE DATOS, se sugiere continuar desempeñando sus actividades cotidianas y que implemente las siguientes recomendaciones en su desempeño cotidiano. Paciente quien presenta*

alteración de patología osteomuscular, afectando miembro inferior (rodilla)… se emiten las siguientes recomendaciones laborales a tener en cuenta a nivel laboral y vida cotidiana. 1. Se sugiere evitar postura de cuclillas o en flexión de rodillas. 2. Se sugiere evitar actividades donde tenga que desplazarse, halar, empujar o sostener objetos que involucren elementos carga pesada hasta 12 kg de peso. 3. Se sugiere evitar actividades que involucren movimientos repetitivos en todos los arcos para movimiento de rodilla. 4. Se sugiere evitar subir y bajar escaleras. 5. Se sugiere evitar caminar por terrenos irregulares. 6. Realizar pausas activas cada 2 horas por descanso de 5 minutos, debe realizar ejercicios de movilidad articular o estiramientos enfatizados en miembro inferior. 7. Se sugiere evitar mantener postura bípeda por más de 1 hora continua, debe alternarlos con posición sedente. 8. Se sugiere continuar con tratamiento instaurado por médico tratante, para manejo de su enfermedad siguiendo las indicaciones del especialista. 8. Se sugiere adoptar hábitos y estilos de vida saludables, alimentación sana, en sus tiempos libres realizar actividad física según indicación médica, evitar consumo de bebidas alcohólicas y fumar. 10. Participar en los programas de prevención y promoción dispuestos por la empresa, según los programas de vigilancia epidemiológica establecidos». (fls. 59 a 61 archivo 1 del expediente digital).

4. A folios 62 a 77 obra historia clínica del demandante, en la cual se indica que el 28 de agosto de 2016, el actor fue atendido en consulta por Medicina General, en la cual se establece como diagnóstico Dispepsia Agudiada, Dolor Abdominal Localizado y Prurito Anal, determinándose como conducta a seguir la ingesta de diversos medicamentos ordenados y se expide incapacidad por 3 días. Asimismo, se observa que el 13 de diciembre de 2016, el actor es atendido nuevamente por el servicio de Medicina General, cuyo médico tratante determina como diagnóstico Trastornos Internos de las Rodillas no Especificado, Otras Dermatitis Especificadas y Gastritis Crónica, para los cual se expide incapacidad por 2 días, se ordena ingesta de medicamentos, al igual que terapia física integral, ultrasonografía articular de rodilla y consulta por dermatología. Finalmente, da cuenta de nueva consulta por medicina general

datada 16 de diciembre de 2016, en la cual se diagnosticó Otras Bursitis de la Rodilla y Dolor Agudo, se ordenan medicamentos y se expide incapacidad por 7 días.

5. Obra a folio 78 RM de rodilla izquierda, de fecha 23 de mayo de 2017, cuyo contenido presenta como conclusión, tendinopatia leve distal del cuádriceps, engrosamiento residual del ligamento colateral medial y bursitis del semimembranoso.

6. Junto con las alegaciones rendidas en esta instancia se allegan pruebas documentales que no serán valoradas por esta Colegiatura, dado que no fueron decretadas por el Juzgado de Conocimiento, al no ser solicitadas en el escrito de demanda (folio 8 archivo 1 del expediente digital). Tampoco se atenderán los reparos que se hacen en dicho memorial en relación con los interrogatorios de parte solicitados en el libelo genitor, dado que fueron negados por el A Quo, y la parte actora no formuló reparo alguno respecto de tal decisión.

Sobre los documentos referenciados, ha de advertirse que no han sido tachados de falsos, ni reargüidos por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

En ese orden y a juicio de esta Sala, es dable inferir que si bien el demandante logró acreditar el descubrimiento de la enfermedad BURSITIS DE LA RODILLA días antes del finiquito, que tuvo ocurrencia el 19 de diciembre de 2016, al igual que para dicha data se encontraba en incapacidad y desde el 16 de diciembre de símil año, lo cierto es que no se encuentra acreditado dentro del expediente que esas situaciones hubieren sido puestas en conocimiento de la parte empleadora, lo cual resulta de la mayor relevancia en el presente caso, dado que las

sociedades llamadas a juicio contestaron de manera vehemente, que no conocían ningún estado de salud adverso en relación con el demandante, y tampoco se les allegó las supuestas órdenes de incapacidad que fueron expedidas a este entre el 13 y el 14 de diciembre de 2016, así como desde el 16 al 22 de diciembre de igual año, las cuales dicho sea de paso, fueron emitidas en fechas muy posteriores a la data en la cual se le entregó al actor la comunicación de no renovación del último contrato de trabajo, que lo fue el 19 de noviembre de 2016.

A lo anterior, se suma que, si bien obran recomendaciones laborales expedidas por Faminasar ESP a favor del convocante, lo cierto es que las mismas fueron expedidas con destino a empleador distinto a las empresas llamadas a juicio, 6 meses después de haberse terminado el último contrato de trabajo celebrado con el demandante, y que por tratarse de un hecho muy posterior, no puede tener ninguna incidencia sobre la protección que se depreca en relación con el extremo pasivo.

Por tanto, aunque la parte demandante logra acreditar una afectación en su salud, que bien pudo menguar el desempeño de sus actividades laborales, dado que su cargo de dependiente judicial está directamente relacionado con constantes desplazamientos que pueden verse truncados ante la afectación de su rodilla, esa circunstancia por sí sola no la abre paso al fuero de estabilidad por la disminución de la salud del trabajador, como quiera que ello tuvo lugar durante los últimos 6 días de vigencia de la segunda relación laboral celebrada con el convocante, y mucho después de haberse informado la no renovación de su contrato de trabajo.

De suerte que, el demandante debió poner en conocimiento de la parte empleadora no solo el diagnóstico emitido por su médico tratante, sino también las distintas incapacidades que le fueron emitidas durante los

días en que ocurrió la expiración del plazo fijo pactado en el contrato de trabajo; empero ello no se encuentra acreditado a través de ninguna de las pruebas arrimadas al proceso, pues nótese que a la negativa de la parte convocada sobre el conocimiento del estado de salud del trabajador, se suma que ni la historia clínica ni las incapacidades obrantes en el paginario, muestran constancia de radicación o envió a las entidades que conforman la UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP

Siendo en este punto importante reiterar que para que opere la estabilidad laboral consagrada en la Ley 361 de 1997, no solo basta con demostrar una condición de salud que impida el desempeño cabal de las funciones del trabajador, sino que dicho estado de debilidad sea conocido por el empleador, como así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL572-2021, que al respecto indicó:

> *«En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:*
>
> *En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral».*

Y es que en tratándose de reparos por desvinculaciones de trabajadores posiblemente afectados en su salud, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han señalado su viabilidad hasta tanto se corrobore que el querer de la empresa fue su retiro en razón de la enfermedad, empero, en el *examine* contrario a lo afirmado por la activa, del estudio de los legajos de prueba, ello en manera alguna se reafirma, principalmente porque no se prueba el conocimiento de la

patronal en relación con la afectación de rodilla del actor y las incapacidades que le fueron expedidas.

Así pues, no obra en el plenario ninguna otra valoración que haga acreedor al actor de la protección laboral reforzada que por esta vía reclama, siendo importante acotar que el despliegue probatorio realizado por la parte actora no fue suficiente para demostrar que la vinculación con la demandada terminó por razón de su discapacidad, pues revisado el expediente no hay si quiera medio de prueba que lleve a dicho razonamiento.

Todo lo anterior tiene el fuerza de convicción suficiente para negar el éxito de las aspiraciones del demandante, por lo que, al no acreditarse que se encuentra cobijado por la protección establecida en la Ley 361 de 1997, habrán de despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda, como en efecto lo estableció el *A quo*.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de $600.000. Liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 16 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HERMES DARÍO JARAMILLO**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MARULANDA contra **LUPA JURÍDICA S.A.S.** y **PROTECH INGENIERÍA S.A.S.** como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL VIGILANCIA UGPP,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de $600.000. Liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-