

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 2019 00536 02 JUZ 38 DE TERESA DEL PILAR IBARRA FAJARDO CONTRA COLPENSIONES.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de mayo del año en curso. Conforme acta de audiencia del 11 de marzo de 2021, en el proceso ordinario laboral el juez dispuso absolver a las demandadas de todas las pretensiones invocadas por la actora, decisión que fue revocada por este Tribunal en sentencia del 15 de junio del 2021, donde se ordenó:

***"Primero.** - Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Teresa del Pilar Ibarra Fajardo con destino a la AFP Colfondos S.A., el 20 de julio de 1999. En consecuencia, se deberá mantener la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*

***Segundo.** - Ordenar a la AFP Colfondos S.A. el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones, entidad que deberá recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional y actualizar su historia laboral."*

En virtud de lo anterior, la ejecutante presentó escrito de demanda ejecutiva en el que expuso:

8.- De conformidad con lo indicado en los artículos 426 y 433 del código general del proceso, en tratándose de obligaciones de hacer, procede la reclamación de los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible y mientras el deudor esté incumplido durante el plazo que el despacho fije para el cumplimiento del hecho.

9.- Mi representada tasa bajo juramento, los perjuicios moratorios, a razón de uno y medio SMMLV mensuales, que corresponde al valor de un millón trescientos sesenta y dos mil setecientos ochenta y nueve pesos m/cte. (\$1.362.789)

10.- De conformidad con lo indicado en el artículo 428 del código general del proceso, en tratándose de obligaciones de hacer, procede la reclamación subsidiaria de los perjuicios compensatorios en caso que las deudoras no cumplan con lo ordenado en el mandamiento ejecutivo.

11.- Mi representada bajo juramento, tasó los perjuicios que se le ocasionaran, en el evento que las demandadas, no cumplan lo ordenado en el mandamiento ejecutivo, en el valor de trescientos ochenta y siete millones ochocientos ocho mil ochocientos sesenta y cinco pesos m/cte. (\$387.808.865), que corresponde a la sumatoria de las mesadas pensionales que le correspondería a razón de uno y medio

Proceso ordinario laboral 38 2019 00536 02
De: TERESA DEL PILAR IBARRA FAJARDO
Vs: COLPENSIONES.

SMLLV (13 partidas al año), liquidados desde la ejecutoria del auto de obediencia a lo resuelto por el superior y hasta la fecha de esperanza de vida para las mujeres en Colombia que va hasta los 80,89 años según la resolución 1112 del 29 de junio de 2007 de la Superfinanciera, teniendo en cuenta que en la actualidad la señora Teresa del Pilar Ibarra Fajardo cuenta con 59 años de edad.

Y el A quo en auto del 8 de noviembre de 2021, libró mandamiento de pago en los siguientes términos:

PRIMERO: Librar mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de TERESA DEL PILAR IBARRA FAJARDO identificada con C.C. 55.056.678 contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por los siguientes conceptos:

1-OBLIGACIÓN DE HACER: LIBRASE ORDEN DE HACER, para que la ejecutada AFP COLFONDOS S.A. traslade los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir tales sumas, mantener la afiliación como si no se hubiera trasladado de régimen pensional y actualizar la historia laboral.

2.-OBLIGACIÓN DE PAGAR:

-Se libra MANDAMIENTO DE PAGO, por la suma de \$1.005.250.00 por concepto de costas y agencias en derecho a las que fue condenada la AFP COLFONDOS S.A. en el proceso ordinario que cursó en este estrado judicial con número de radicado N° 11001310503820190053600.

-Se libra MANDAMIENTO DE PAGO, por la suma de \$1.005.250.00 por concepto de costas y agencias en derecho a las que fue condenada COLPENSIONES en el proceso ordinario que cursó en este estrado judicial con el número de radicado N° 11001310503820190053600.

-Sobre las costas de la presente actuación se decidirá en el momento procesal oportuno.

Conforme lo anterior, lo primero que se advierte, es que en el asunto las ordenes proferidas en la sentencia objeto de este ejecutivo contiene obligaciones de dar y no de hacer, como erradamente se solicitó e interpretó tanto en primera como en segunda instancia. Al punto, el artículo 1605 del Código Civil, define tal obligación como:

"ARTICULO 1605. <OBLIGACIÓN DE DAR>. **La obligación de dar contiene la de entregar la cosa;** y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir."

Para ilustrar mejor el concepto de tal obligación, se cita la definición descrita en el libro de obligaciones – séptima edición – Jorge Cubides Camacho –pág. 52, en la que se indica:

"a. Prestaciones de dar

Son las que tienen como finalidad transmitir al acreedor el derecho de dominio, o cualquier otro derecho real. Implica no sólo la conducta del deudor encaminada a

hacer la dación, sino además la realización de todos los actos y el cumplimiento de los requisitos que las leyes tengan establecidos para la trasmisión del derecho real.

Por esa circunstancia la obligación o prestación de dar contiene otras encaminadas a su propio fin. Contiene en primer lugar la prestación de entregar la cosa cuyo dominio se trata de transmitir. El artículo 1605 del Código Civil lo establece así y resulta apenas lógico. Desde luego por convenio especial entre acreedor y deudor puede transmitirse el dominio sin entrega física de la cosa, pero esto no altera la implícita unión de la entrega a la prestación de dar. Si se trata de un cuerpo cierto, va implícita también la obligación de conservar la cosa hasta la entrega, y en este caso, según las voces del artículo 1606, la exigencia de que se emplee en su custodia o conservación en debido cuidado.

No sobra advertir que para cumplir una prestación de dar, vale decir, de transmitir el derecho de dominio u otro real, es preciso tenerlo, pues sería necio pretender dar algo que no se tiene. Pero la exigencia se predica del cumplimiento de la prestación de dar, no de la celebración de un contrato del cual se derive la dicha prestación, pues en este caso es posible no ser el titular del derecho que se va a transmitir..."

En cuanto a la expresión "dar" también resulta oportuno citar al tratadista Alessandri Rodríguez, Arturo (1988). Teoría de las obligaciones. Editorial Jurídica Ediar-Conosur. p. 23, donde se indica:

"La palabra dar, cuando uno habla de obligaciones de dar en la ciencia del Derecho, no se refiere a la aceptación que vulgarmente se le da a la aceptación de regalar o donar una cosa, sino que al sentido que le dieron los romanos: "dar" del latín "dare", o sea aquello que le impone al deudor la obligación de transferir el dominio."

Bajo este panorama fácil es concluir que la orden de trasladar los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la aquí ejecutante no constituyen una obligación de hacer, sino de dar, en la medida en que esta se ocupa de disponer el envío de los dineros de IBARRA FAJARDO al RPM. Por ende, la sentencia que se ejecuta no contempla ninguna obligación de hacer y como ésta no existe en el sublite tampoco hay lugar a disponer perjuicio compensatorio alguno, pues aparte de la indebida lectura que se hace a la obligación objeto de ejecución, en el caso basta con observar con detenimiento lo dispuesto en el art. 426 del CGP, cuando separa de las aquí mal llamadas obligaciones de hacer, las obligaciones distintas a las de dinero para poder paso al perjuicio reclamado. Esta norma dispone:

"ARTÍCULO 426. EJECUCIÓN POR OBLIGACIÓN DE DAR O HACER. *Si la obligación es de dar una especie mueble o bienes de género distinto de dinero, el demandante podrá pedir, conjuntamente con la entrega, que la ejecución se extienda a los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, si no figura en el título ejecutivo.*

De la misma manera se procederá si demanda una obligación de hacer y pide perjuicios por la demora en la ejecución del hecho".

Bajo ese horizonte y examinados los elementos de juicio en conjunto con el anterior marco normativo, se tiene que, para que sea viable la ejecución por perjuicios

compensatorios prevista en el art. 428¹ del CGP, se deben acreditar los siguientes requisitos:

1. La existencia de una obligación consistente en:
 - la entrega de una especie mueble o de bienes de género **distintos de dinero**;
 - la no ejecución de un hecho; o
 - la ejecución de un determinado hecho.
2. El incumplimiento de alguna de esas obligaciones, y
3. La estimación de los perjuicios ocasionados con tal incumplimiento.

En ese orden de ideas, al no cumplirse ninguno de los postulados normativos, en este caso no era dable ordenar la adición del mandamiento de pago para incluir los perjuicios compensatorios. Cosa distinta es que sí se llegan a generar perjuicios por la tardanza de las AFP en trasladar los dineros de los afiliados y cumplir las órdenes judiciales, a éstos se les se genere un perjuicio que posiblemente deba ser objeto de un proceso declarativo.

Bajo estos argumentos deajo sentado mi salvamento de voto.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

¹ **ARTÍCULO 428. EJECUCIÓN POR PERJUICIOS.** El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género **distintos de dinero**, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero. Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior.