



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2018-00569-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 10 de junio de 2021 del Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (21:08 archivo “01Audiencia” carpeta “28.1Anexos”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 31 archivo “001Demanda”).**

ABDON BARACALDO CÁRDENAS solicitó declarar en virtud del principio de primacía de la realidad hubo un contrato de trabajo en virtud con **AGUAS DE BOGOTÁ S A E.S.P.** del 23 de abril de 2013 al 11 de febrero de 2018, que el despido fue ilegal al desconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y prepensionado y se ordenó el reintegro transitorio del trabajador por fallo de tutela; en consecuencia, condenar al reintegro definitivo, pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, intereses moratorios, aportes de salud y pensión, sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997,

indemnización moratoria del artículo 65 CST, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró contrato de trabajo a término fijo del 23 de abril de 2013 al 22 de junio de 2013 con **AGUAS DE BOGOTÁ S A E.S.P.**, luego suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada del 23 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2017, cumpliendo horario y las labores asignadas, con un sueldo de \$878.192, único ingreso para cubrir sus necesidades, de otra parte, señaló que tiene 61 años y al servicio de la **DEMANDADA** empezó a sufrir dificultades de salud como dolor intenso, problemas en sus miembros inferiores, por lo cual se emitieron recomendaciones laborales a su favor, acatadas por el empleador mediante comunicación del 08 de agosto de 2017, de otra parte, se le ordenó cirugía de reemplazo total de rodilla izquierda, intervención que se realizó el 10 de febrero de 2018, siendo incapacitado hasta el 10 de abril de 2018 y apenas se reintegró fue despedido inmediatamente por la **DEMANDADA**, siendo muy difícil que se pueda trabajar por su avanzada edad, estando apenas a dos años para acceder a la pensión de vejez. Señaló que ante lo injusto del despido, acudió a la acción de tutela, que conoció el Juzgado 05 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, quien amparó transitoriamente los derechos mediante sentencia del 25 de mayo de 2018, siendo reintegrado desde el 31 de mayo de 2018.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

AGUAS DE BOGOTÁ S A E.S.P. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del **DEMANDANTE**, su vinculación con la **DEMANDADA** y sus recomendaciones laborales, que está a menos de 2 años para trabajar y que se ordenó el reintegró temporal del trabajador por fallo de tutela. Indicó que el **DEMANDANTE** laboró como operario de proyecto aseo, mediante un contrato de trabajo a término fijo del 23 de abril de 2013 al 22 de junio de 2013 y un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 23 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018, terminando el primero por

vencimiento del plazo y el segundo por la finalización del convenio interadministrativo 809 de 2012, así mismo, la empresa solo tuvo conocimiento de las recomendaciones médicas o restricciones laborales, las cuales fueron cumplidas estrictamente, de otra parte, el **DEMANDANTE** comunicó hasta el 12 de febrero de 2018, día siguiente de la terminación del contrato por terminación de la obra, que iba a ser sometido a cirugía de rodilla, de otra parte, de otra parte, el **DEMANDANTE** tiene más de 1564 semanas cotizadas, al sumas 1103 semanas cotizadas a COLPENSIONES, más los tiempos laborados con ocasión del reintegro y 461 semanas laboradas en la extinta EDIS (Pág. 1 a 16 archivo “016ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (21:08 archivo “01Audiencia” carpeta “28.1Anexos”).

El 10 de junio de 2021, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ABDON BARACALDO CÁRDENAS. SEGUNDO: DECLARAR PROBADOS los medios exceptivos por el extremo pasivo. TERCERO: LAS COSTAS de esta instancia se encuentran a cargo de la parte DEMANDANTE, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de ésta y a favor de la parte actora (Sic). CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en tanto le resultó adversa a los intereses del DEMANDANTE. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido y si su terminación fue ilegal por desconocer el fuero de salud y prepensionado y si subsistieron las causas que dieron origen al contrato, para establecer la procedencia de las pretensiones.

Para resolver consideró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo y un contrato de trabajo por obra o labor determinada. De otra parte, negó el fuero de estabilidad laboral reforzada porque la **DEMANDADA** acreditó que la terminación del

segundo contrato fue por la terminación de la obra contratada con la finalización del convenio interadministrativo señalado en el contrato de trabajo, por ende, no hubo motivo discriminatorio derivado del estado de salud del **DEMANDANTE**. También negó el fuero de estabilidad laboral por prepensionado porque a la fecha de terminación del contrato, le faltaban al trabajador cotizar más de 3 años para completar las semanas mínimas exigidas para causar la pensión de vejez.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó confirmar el fallo, porque no se cumplen los presupuestos para configurar la estabilidad laboral reforzada por salud, tampoco se demostraron los requisitos exigidos para configurar el fuero de prepensionado. Agotado el término de traslado, la apoderada del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **DEMANDANTE**, su calidad de trabajador, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido y si la **DEMANDADA** desconoció los fueros de estabilidad laboral reforzada por salud y prepensionado y la procedencia

de las demás pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* declaró probadas las excepciones de improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación efectuada sin considerar tal prohibición, conforme la interpretación obligatoria de dicha norma que adoptó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de esta protección laboral es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente, se consideró que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud se activa cuando se acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, exigir un grado de limitación de al menos el 15% es válido cuando se refiere a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5427 de 2021, SL582 de 2022, SL822 de 2022, entre otras.

Hoy en día, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002, el artículo 1 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Conforme la actual definición de discapacidad, en la sentencia SL260 de 2019 la H CSJ señaló que el fuero se activa cuando el trabajador acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o cuando ante la falta de calificación, logra acreditar que su estado de salud le impide o limita su capacidad de trabajo, posición reiterada en las sentencias SL572 de 2021, SL1404 de 2021 y SL4228 de 2021, SL822 de 2022, entre otras, en las cuales la Alta Corte afirmó que en virtud del principio de libertad probatoria, cuando no hay calificación y se desconoce el grado concreto de limitación, se puede inferir la situación de discapacidad de hechos como una incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación que acredite una notoria, evidente y perceptible afectación, grave y severa, de la salud del trabajador, la cual limita la realización de su trabajo.

La anterior posición concuerda con la de la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia C-824 de 2011 indicó que la estabilidad laboral reforzada se extiende a las personas en estado de debilidad manifiesta causada por un estado de salud que les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente de si han sido calificadas. Así mismo, en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, se reafirmó que este fuero cobija no solo a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, sino también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, porque ambos grupos poblacionales tienen el derecho a conservar su empleo y beneficiarse de medidas como la reubicación,

la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo cuando ocurre una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo.

Es importante precisar que tanto la H. CSJ como la H. Corte Constitucional exigen que además de acreditar la situación de discapacidad, el empleador debe conocer dicho estado o al menos acreditar factores que permitan inferir razonablemente que era notorio tal conocimiento, tal y como se indicó en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras. Así mismo, la sentencia SL5181 de 2019 la H. CSJ indicó que no se requiere un carnet de EPS o un dictamen de capacidad laboral para demostrar tal conocimiento del empleador, ya que el carácter finalista del fuero conlleva a que si se demuestra que el empleador conoció, por cualquier medio, de una seria y grave afectación de salud del trabajador, entonces está obligado a ejercer cuidadosamente su potestad de terminar el contrato de trabajo, apoyándose previamente en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su empleado, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando a las Entidades respectivas el análisis del caso.

En cuando la carga de la prueba de este fuero, la H. CSJ señaló en la sentencia SL1360 de 2018 que la finalidad de esta protección es evitar la discriminación del trabajador por su estado de salud, por tanto, si la finalización del contrato obedece a razones objetivas no relacionadas con la salud, entonces no opera el amparo y subsecuentemente no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo, sin embargo, si el trabajador logra demostrar en juicio que sí estaba discapacitado, se presume que la finalización de su contrato fue discriminatoria y el empleador deberá demostrar que tal acción obedeció a circunstancias objetivas y, de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras.

- Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensionado.

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, al limitar el retiro de quienes sufren una limitación física, mental, visual o auditiva, sean madres cabeza de familia sin alternativa económica o cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los 3 años siguientes, figura denominada como *reten social*. La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-389 de 2005, extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de esta protección, la H. Corte Constitucional señaló que no es la estabilidad absoluta, ya que se limita a que los beneficiarios conserven su trabajo el mayor tiempo posible, siendo las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente comprobada, tal y como indicó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-055 de 2022, entre otras.

Mediante la Sentencia T-638 de 2016, la H. Corte Constitucional concluyó la posibilidad de trasladar el amparo por reten social a favor de los trabajadores del sector privado, para materializar el principio de igualdad y proteger los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, entre otros. Tal decisión se adoptó al considerar que el *retén social* ya había sido extendido a favor de servidores públicos no considerados inicialmente en la Ley 790 de 2002, por cuanto la sentencia T-802 de 2012 lo extendió a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, la sentencia T-862 de 2009 lo extendió a los servidores vinculados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no había motivo para negar su extensión al sector privado cuando se evidencia una situación de debilidad manifiesta en la cual terminar el contrato de trabajo afecte los derechos a la igualdad, trabajo y

seguridad social, por encontrarse en alguno de los 3 casos protegidos por la figura del retén social.

Para el caso específico de la protección del prepensionado, la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-357 de 2016 la necesidad de acreditar que la persona se haya a tres o menos años de adquirir el estatus de pensionado por vejez, esto es, del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, posteriormente, en la sentencia T-638 de 2016 la Alta Corte reiteró la sentencia T-009 de 2008, en la cual analizó la Ley 790 de 2002 y 812 de 2003 para concluir que se considera que una persona está próxima a pensionarse cuando está a tres años o menos de adquirir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

Con la sentencia SU-003 de 2018, la H. Corte Constitucional precisó el alcance del concepto prepensionado y concluyó que dicha figura aplica tanto en el sector privado como público, a favor de las personas vinculadas laboralmente y que están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en un plazo de tres años o menos, ya sea porque reúnen la edad y número de semanas o tiempo de servicios requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, advirtió la Alta Corte que cuando el único requisito faltante es la edad, aquel se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente, sin que la falta de dicha relación frustre el acceso a la pensión de vejez, motivo por el cual si solo resta la edad la persona no será titular de la garantía de prepensionado.

La posición de la H. Corte Constitucional relativa a que procede el fuero de prepensionado en el sector privado y que el mismo no se configura cuando el único requisito faltante para cumplir los presupuestos exigidos para causar la pensión de vejez, fue reiterada en las sentencias T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, así mismo, fue acogido por la H. CSJ en la sentencia SL442 de 2022.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que las pruebas aportadas al expediente acreditan que entre las partes existieron dos contratos de trabajo: **i)** contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, vigente del 23 de abril de 2013 al 22 de mayo de 2013, para el cargo de operario (Pág. 11 a 12 archivo “024Prueba”); **ii)** contrato de trabajo por obra o labor determinada, vigente del 23 de junio de 2013 y mientras estuviera existente el contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado entre la **DEMANDADA** y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P., para ejercer el cargo de operario de recolección y barrido (Pág. 14 a 15 archivo “024Prueba”).

Respecto el segundo contrato de trabajo, esto es, el celebrado por obra o labor determinada, la **DEMANDADA** allegó copia de la comunicación del 09 de febrero de 2018 dirigida al **DEMANDANTE**, por la cual se informó al trabajador que con ocasión de la terminación del contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012, la vinculación laboral finalizaría el 11 de febrero de 2018 (Pág. 16 archivo “024Prueba”). De otra parte, la **DEMANDADA** allegó copia precitado contrato interadministrativo, de la modificación No. 21 del 15 de enero de 2018 que prorrogó el contrato hasta el 12 de febrero de 2018 (carpeta “25.1Anexos”).

Así las cosas, se advierte que la **DEMANDADA** procedió a aplicar lo dispuesto en el literal d) del artículo 61 CST, esto es, la terminación de la obra o labor contratada, para dar por terminado el contrato de trabajo con causa legal, advirtiendo esta Sala que la liquidación final del contrato de trabajo indica como extremo final del contrato de trabajo por obra o labor el 11 de abril de 2018 (Pág. 18 archivo “024Prueba”), circunstancia que explicó el representante legal de la **DEMANDADA** al señalar, durante interrogatorio, que si bien el contrato finalizó el 11 de febrero de 2018, el trabajador estaba incapacitado, por lo cual esperó hasta el vencimiento de dicha incapacidad el 10 de abril de 2018 para materializar la terminación del

contrato (09:20 archivo “20.1Audiencia”), hecho que ratificó el **DEMANDANTE** en su interrogatorio (16:49 archivo “20.1Audiencia”).

Así las cosas, los elementos de prueba acreditan que entre las partes existieron dos contratos de trabajo y no una sola relación laboral como reclamó el **DEMANDANTE**, así mismo, no hay duda de que el segundo contrato de trabajo se celebró por obra o labor determinada, la cual no fue otra que el desarrollo del contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012, el cual finalizó el 12 de febrero de 2018, pese lo cual la terminación se pospuso hasta el 11 de abril de 2018, en razón a que la **DEMANDADA** esperó el vencimiento de la incapacidad médica del trabajador.

Procede la Sala a analizar si en el caso bajo estudio, la terminación del contrato por finalización de la obra o labor contratada es ineficaz, siendo necesario verificar si el **DEMANDANTE** configuró los fueros de estabilidad laboral por salud o prepensionado.

En cuanto el fuero de estabilidad laboral por salud, la historia clínica aportada con la demanda acredita que el **DEMANDANTE** padeció deformidad en varo y se le diagnosticó gonoartrosis, circunstancia de salud por la cual la **DEMANDADA** el 08 de agosto de 2017 procedió a reasignar funciones de acuerdo a recomendaciones médicas emitidas por la EPS, así mismo, se programó cirugía de reemplazó total de rodilla izquierda al trabajador, procedimiento que se efectuó el 11 de enero de 2018, siendo incapacitado tres ocasiones, del 11 de enero de 2018 al 09 de febrero de 2018, del 10 de febrero de 2018 al 11 de marzo de 2018 y del 12 de marzo de 2018 al 10 de abril de 2018 (Pág. 2 a 15 archivo “003Demanda”).

Los anteriores elementos de prueba permiten inferir que el estado de salud del **DEMANDANTE**, para la fecha en la que se le comunicó la causa legal de terminación del segundo contrato de trabajo, estaba severamente afectado en su salud, al punto que había sido intervenido quirúrgicamente, siendo incapacitado de manera

continúa por aproximadamente 90 días, circunstancias que permite concluir que estaba limitado sustancialmente para el desempeño de sus funciones, las cuales ya habían sido reajustadas siguiendo recomendaciones de la EPS.

No obstante lo anterior, el **DEMANDANTE** no se beneficia del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, por cuanto la **DEMANDADA** logró acreditar que la terminación del contrato de trabajo obedeció a razones objetivas no relacionadas con el estado de salud del trabajador, por cuanto en el caso bajo estudio la terminación del segundo contrato de trabajo lo fue por la terminación de la obra o labor contratada e, inclusive, el empleador postergó los efectos de tal terminación hasta la finalización de la incapacidad del trabajador, haciendo efectiva la terminación el 11 de abril de 2018, lo cual permite desvirtuar la existencia de una finalidad discriminatoria en la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, lo que conlleva a no activar el fuero alegado, conforme lo señalado en las sentencias SL1360 de 2018, SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras.

En cuanto al fuero de estabilidad laboral por prepensionado, conforme los antecedentes normativos expuestos, no hay duda de que dicha figura derivada del retén social es aplicable a los trabajadores del sector privado, advirtiendo la Sala que el **DEMANDANTE** nació el 13 de agosto de 1957 (Pág. 1 archivo “003Demanda”), por lo que a la fecha de terminación del segundo contrato de trabajo (11 de febrero de 2018) tenía 60 años, estando a menos de tres años para cumplir la edad de pensión exigida en el RPM, régimen al cual se infiere que pertenece el **DEMANDANTE** en razón a que su historia laboral es expedida por COLPENSIONES (Pág. 18 a 32 archivo “003Demanda”).

A pesar de que el trabajador estaba a menos de tres años para alcanzar la edad de pensión, al momento de la terminación de su contrato de trabajo no cumplía los requisitos para activar el fuero de

prepensionado, por cuanto la H. Corte Constitucional y H. CSJ han sostenido que dicha protección no se genera cuando el único requisito que falta para acceder a la pensión, dentro de tres o menos años, es la edad, tal y como se ha indicado en las sentencias SU-003 de 2018, T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, SL442 de 2022, entre otras.

En el caso bajo estudio, la historia laboral de COLPENSIONES expedida el 07 de mayo de 2018, dos meses después de terminado el segundo contrato de trabajo, refleja un total de 1.103 semanas cotizadas, faltando por lo menos 197 semanas por cotizar, lo que equivale a más de 3 años continuos de aportes a pensión, situación por la cual la *a quo* negó declarar el fuero de prepensionado.

La precitada conclusión de la *a quo* es errónea, por cuanto no considero que en la historia laboral de COLPENSIONES no figura el periodo laborado por el **DEMANDANTE** para la extinta EDIS, entre el 13 de junio de 1985 y el 27 de mayo de 1994, de manera ininterrumpida conforme el certificado expedido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ D.C. – UAESP y el formato No. 1 de certificación laboral expedido por la UAESP, periodo que supera las 197 semanas faltantes para completar el mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para causar la pensión de vejez.

Así las cosas, el **DEMANDANTE** a la fecha de terminación de su segundo contrato de trabajo tenía más de 1300 semanas cotizadas, por tanto, solo le faltaba completar la edad para acceder a la pensión, motivo por el cual no se activó el fuero de prepensionado a su favor.

Por todas las anteriores consideraciones, concluye la Sala que no hay mérito para declarar que la terminación del segundo contrato de trabajo haya sido ineficaz, lo que conlleva a rechazar todas las suplicas de la demanda, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

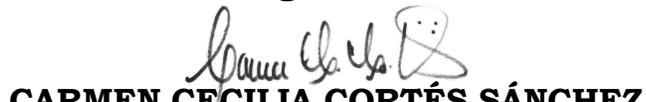
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrados Ponentes

Radicado N° 29-2020-00174-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 24 de junio de 2021 del Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., que ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a partir del 07 de agosto de 2019, en cuantía inicial de \$828.116 y por 14 mesadas anuales, ordenó pagar \$20.726.405 por retroactivo pensional y absolvió de las demás pretensiones (02:07:21 archivo “012.Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 6 a 10 archivo “001Demanda”).**

OCTAVIO GÓMEZ MAYA solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, condenar a su reconocimiento desde el 07 de agosto de 2019, intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que compartió techo, lecho y mesa con GLADYS VARGAS RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) desde 1974 y

celebraron matrimonio civil el 08 de mayo de 2013 en Bogotá D.C. y si bien en los últimos 10 años de vida de la causante el **DEMANDANTE** vivió en Salamina – Caldas, ello obedeció a razones estrictamente de salud. Aseguró que mediante Resolución 10660 del 30 de octubre de 1995, el extinto ISS reconoció pensión de vejez a la causante, quien vivió en Bogotá D.C. cuidante su nieta, falleciendo el 06 de agosto de 2019, sin que en el tiempo de distancia los cónyuges adoptaran otras parejas. Indicó que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual negó **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 297194 de 2019, contra la cual interpuso recursos, siendo confirmado el acto administrativo recurrido mediante las Resoluciones SUB 333440 de 2019 y DEP 1388 de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 282 a 296 archivo “005ContestacionColpensiones”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la celebración del matrimonio civil, la calidad de pensionada de la causante y su fecha de defunción y que negó la solicitud de reconocimiento pensional. Indicó que no le consta la presunta relación entre el **DEMANDANTE** y la causante previa a la celebración de su matrimonio civil, por cuanto no se acreditó el periodo mínimo de convivencia exigido para causar la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge superviviente. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo “005ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (02:07:21 archivo “012.Audiencia”).

El 24 de junio de 2021, el Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que el señor OCTAVIO GÓMEZ MAYA, en calidad de cónyuge, le asiste el derecho a que la demandada COLPENSIONES, reconozca y pague la pensión de sobrevivientes de la

*causante GLADYS VARGAS RODRÍGUEZ. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a OCTAVIO GÓMEZ MAYA por la causante GLADYS VARGAS RODRÍGUEZ, a partir del 07 de agosto de 2019, con un valor de mesada inicial de \$828.116 para la fecha antes mencionada y por catorce mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme el aumento del salario mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993. **CONDENAR** (Sic) a COLPENSIONES a pagar al demandante OCTAVIO GÓMEZ MAYA la suma de \$20.726.405, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 07 de agosto de 2019 al 31 de mayo de 2021; valor que deberá ser indexado al momento de su pago efectivo, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la DEMANDADA denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y prescripción. **QUINTO: SE ABSUELVE** de lo demás. **SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada COLPENSIONES, de conformidad con el inciso tercero, artículo 69 CPTSS, en caso de no ser apelada dicha decisión (...)*”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si la causante dejó la pensión de sobrevivientes y si el **DEMANDANTE** tiene derecho al pago de esta, para resolver la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver consideró que no hay controversia que la causante obtuvo pensión de vejez en 1994 en cuantía de 1 smlmv, que el 08 de mayo de 2013 celebró matrimonio con el **DEMANDANTE** y que falleció el 06 de agosto de 2019, fecha en la cual estaba vigente la Ley 797 de 2003, que consagra la pensión de sobreviviente a favor del cónyuge supérstite que acredite 5 años de convivencia con el pensionado causante, señalando la H. CSJ que la convivencia debe ser real y efectiva, estable y con ánimo de perdurabilidad y, en ocasiones particulares, a pesar de ausencia de cohabitación, no desaparece tal convivencia siempre y cuando permanezca tal comunidad de vida y apoyo. En el caso bajo estudio, señaló que el **DEMANDANTE** se trasladó desde hace 13 años a Salamina – Caldas para recuperarse de su cirugía de cabeza y cuidar a sus padres, mientras la causante se quedó en Bogotá D.C. a cuidar su nieta, hija de madre adolescente, pese lo cual continuo la relación de pareja, cariño y apoyo económico

y espiritual, hecho ratificado por los testigos y el interrogatorio del **DEMANDANTE**, por tanto, descartó el resultado de la investigación administrativa de **COLPENSIONES** y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes desde el 07 de agosto de 2019, en un monto igual y por 14 mesadas, pagó del retroactivo causado l 31 de mayo de 2021 con deducción de aportes a salud, negó intereses moratorios y ordenó la indexación de las mesadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo. Indicó que no hubo convivencia entre el **DEMANDANTE** y la causante en los 05 años anteriores al fallecimiento, porque la investigación administrativa concluyó que no hubo vida marital porque residían en municipios separados, por ende, no hubo cohabitación de pareja que es la convivencia real y efectiva, no hubo ayuda mutua ni atención económica para el sustento del **DEMANDANTE**, por lo cual no procede reconocer la pensión de sobrevivientes porque aquella busca evitar el abandono económico del beneficiario cuando muere quien el proveía sustento, sin que el cónyuge supérstite viviera de la pensión de la causante, al punto que tenía su propia pensión (02:09:23 archivo "012.Audiencia").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ningún abogado de las partes presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al **DEMANDANTE**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la causante GLADYS VARGAS RODRÍGUEZ y el demandante **OCTAVIO GÓMEZ MAYA** celebraron matrimonio el 08 de mayo de 2013, así mismo, la causante falleció el 06 de agosto de 2019 (Pág. 11 a 13 archivo “001Demanda”); *ii)* mediante Resolución 010660 de 1995, el extinto ISS reconoció pensión de vejez a la causante, en cuantía de 1 SMLMV (archivo “GEN-REQ-IN-2019_11770244-20190904041616” carpeta “006ExpedienteAdministrativoColpensiones”); *iii)* el **DEMANDANTE** solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que negó la demandada **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 297194 del 25 de octubre de 2019, contra la cual interpuso recursos de reposición y apelación, siendo confirmado el acto administrativo mediante las Resoluciones SUB 333440 del 06 de diciembre de 2019 y DPE 1388 del 27 de enero de 2020 (Pág. 15 a 22, 32 a 47 archivo “001Demanda”).

En el presente asunto, la *a quo* ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a partir del 07 de agosto de 2019, en cuantía inicial de \$828.116 y por 14 mesadas anuales, ordenó pagar

\$20.726.405 por retroactivo pensional y absolvió de las demás pretensiones.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que no hubo convivencia entre la causante y el **DEMANDANTE**, porque la investigación administrativa concluyó que residieron en municipios diferentes, por ende, no hubo cohabitación de pareja que es la convivencia real y efectiva, ni ayuda ni atención económica para el sustento del **DEMANDANTE**, por ello no hay que reconocer la pensión de sobrevivientes porque ésta busca evitar el abandono económico del beneficiario cuando muere quien le proveía sustento y en este caso el cónyuge supérstite no vivía de la pensión de la causante porque tenía su propia pensión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge supérstite en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

La H. CSJ, de forma pacífica y reiterada, ha sostenido que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la pensión de sobrevivientes, tal y como ha ratificado en las sentencias SL1357 de 2022, SL1427 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

Así las cosas, las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años, sosteniendo la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente

anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y

conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda que la causante GLADYS VARGAS RODRÍGUEZ fue pensionada por vejez, mediante la Resolución 010660 de 1995 del extinto ISS, que celebró matrimonio con el **DEMANDANTE** el 08 de mayo de 2013 y la causante falleció el 08 de mayo de 2019 (Pág. 11 a 13 archivo “001Demanda”; archivo “GEN-REQ-IN-2019_11770244-20190904041616” carpeta “006ExpedienteAdministrativoColpensiones”).

La normatividad vigente a la fecha de fallecimiento de la causante es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar del pensionado fallecido por riesgo común, norma que establece al cónyuge supérstite como beneficiario de dicha prestación si acredita el periodo mínimo de convivencia de 5 años, pudiendo demostrar tal periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

Por su parte, la H. CSJ, ha establecido que la convivencia hace referencia a la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; convivencia que permanece aun cuando no se comparte el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en las sentencias SL19113

de 2017, SL1399 de 2018, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras.

Así las cosas, **COLPENSIONES** alegó en su recurso de apelación que el informe técnico de investigación concluyó la ausencia de convivencia entre la causante y el **DEMANDANTE**, resultado que se basa en el hecho de que desde 32 años no convivían bajo el mismo techo y se casaron solo por cuestiones legales, por cuanto el **DEMANDANTE** vivía en el municipio de Salamina para que sus familiares le brindarían cuidados, sin que la causante la pudiera cuidar por cuestiones laborales (archivo “*GEN-REQ-IN-2019_12524843-20191007094338*” carpeta “*006ExpedienteAdministrativoColpensiones*”).

Pese lo anterior, la valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad de la prueba y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, permite desvirtuar la conclusión de la investigación efectuada por **COLPENSIONES**, tal y como pasa a exponerse.

En efecto, NATHALIA GÓMEZ VARGAS, hija de la causante y el **DEMANDANTE**, indicó en su testimonio que sus padres iniciaron su convivencia 3 o 4 años antes de que ella naciera, siendo su actual edad de 44 años. Aseguró que creció con sus padres hasta el accidente del **DEMANDANTE**, el cual cambió la vida familiar porque su padre olvido escribir, leer, olvido a sus familiares salvo a su hija, accidente que ocurrió cuando ella tenía 07 años y por el cual su padre estuvo 03 meses hospitalizado, tuvo parálisis de medio cuerpo y quedó *como un niño* en palabras de la testigo, debiendo volver a aprender a hablar y recibir terapia para recordar su familia.

Afirmó la testigo que su padre vivió con ella hasta que sus 12 o 13 años, cuando quedó embarazada siendo adolescente, instante en el cual su padre decidió irse a vivir con sus abuelos paternos en Salamina

– Caldas, que estaban enfermos y solos porque los hermanos de su padre ya no vivían allí, mientras la causante se quedó viviendo en Bogotá D.C. a cuidarla no solo a ella sino a su nieta KAREN LORENA, pese lo cual, sus padres siguieron su relación como pareja, porque se llamaban todos los días, se visitaban al menos 8 veces al año, ya sea su padre viajando a Bogotá o la causante, hija y nieta viajando a Salamina, enviando su padre dinero a su familia en Bogotá, por cuanto nunca volvió debido a que la altura y frío de Bogotá D.C. le hacía daño en su salud, la cual quedó afectada por su accidente, a la vez que los hermanos del **DEMANDANTE** le pidieron quedarse y cuidar la casa familiar en Salaminas luego de la muerte de sus abuelos, mientras que la causante se quedó en Bogotá D.C. para cuidar a su nieta mientras la demandante estudió y trabajó hasta ser profesional y, luego de que KAREN LORENA creció, la causante empezó a visitar con mayor regularidad al **DEMANDANTE**, quien viajó a Bogotá con mayor regularidad cuanto la causante enfermó, estando presente cuando ella falleció (44:00, 46:38, 56:08 y 01:01:20 archivo “012.Audiencia”).

La declaración de NATHALIA GÓMEZ VARGAS resultó coincidente con el dicho del demandante **OCTAVIO GÓMEZ MAYA**, quien manifestó que es pensionado por invalidez con ocasión de su accidente que le generó hematomas en su cabeza y que reside en Salamina debido a su operación en la cabeza y su necesidad de un ambiente más tranquilo, pese lo cual nunca cesó su relación con la causante, quien lo visitaba con su hija y nieta en Salamina o él iba a visitarla en Bogotá D.C., a donde se quedó la causante cuidado a su hija NATHALIA y su nieta (10:00, 23:00 archivo “012.Audiencia”).

A su vez, el testigo RUBÉN GÓMEZ MAYA, hermano del **DEMANDANTE**, señaló que el causante y el **DEMANDANTE** convivieron en Bogotá D.C., tuvieron una hija llamada NATHALIA GÓMEZ, luego él se fue a Salamina por enfermedad y el causante lo visitaba en dicho municipio o el **DEMANDANTE** la visitaba en Bogotá D.C. y que siempre mantuvieron su relación (01:07:27, 01:16:13 archivo “012.Audiencia”).

Los anteriores elementos de prueba permiten inferir, al igual que hizo la *a quo*, que en el presente asunto la convivencia entre el causante y la **DEMANDANTE** inició desde antes del nacimiento de su hija en común NATHALIA GÓMEZ VARGAS, relación que no cesó a pesar de que el **DEMANDANTE** se trasladó al municipio de Salamina en Caldas cuando su hija tenía 12 o 13 años, en procura de su salud deteriorada por su accidente cerebral que le valió la pensión de invalidez, así como para cuidar a sus padres y en últimas a tener una vida más tranquila lejos de la altura y frío de Bogotá D.C., mientras que la causante se quedó en Bogotá D.C. a colaborar en el cuidado de su hija y su nieta, ya que aquella fue madre adolescente de 14 años, lo que le permitió estudiar y trabajar a NATHALIA GÓMEZ VARGAS, separación de cuerpos que no implicó el cese de su convivencia, entendida como una comunidad de vida, con ánimo de permanencia y sostenida en el respeto, cariño, ayuda mutua, la cual derivó en un proyecto de vida como pareja estable, permaneciendo a lo largo de los años los lazos afectivos, sentimentales y de solidaridad, en un ánimo serio de conformar una familia y un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales.

Por las anteriores consideraciones, concluye esta Sala que el **DEMANDANTE** si acreditó convivencia con la causante, por el periodo mínimo legal exigido, por lo cual se confirmará la decisión de condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en cuantía de 1 SMLMV y desde el 07 de agosto de 2019, sin declarar la prescripción de las mesadas, por cuanto la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes a la defunción de la causante.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de Decisión; no obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial para modificar el fallo ordenando que el pago de la pensión de sobrevivientes en 13 mesadas anuales, en virtud al grado

jurisdiccional de consulta y considerando que dicho derecho se causó con posterioridad a la expedición del Acto legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL4213 de 2020, SL4663 de 2020, SL5167 de 2020, SL2835 de 2021, SL2986 de 2021, SL3868 de 2021, SL5679 de 2021, SL649 de 2022, entre otras.

- Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.

Atendiendo que la ponencia del sustanciador inicial fue desestimada en cuanto al número de mesadas, pasa la Sala a señalar que en el presente asunto en virtud de la Resolución 010660 de 1995 del extinto ISS, la causante accedió a la pensión de vejez en 14 mesadas anuales, en virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (archivo “*GEN-REQ-IN-2019_11770244-20190904041616*” carpeta “*006ExpedienteAdministrativoColpensiones*”)

La H. CSJ ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, tal y como ha indicado en las sentencias SL2141 de 2021, radicación 74090, SL5141 de 2019, Radicación 68121, entre otras.

De tal manera que al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir del 1° de septiembre de 1994, la pensión de sobrevivientes que se transmite por el fallecimiento corresponde a catorce mesadas, por ser del 100% de la mesada que venía percibiendo la pensionada y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

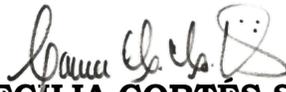
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2019-00085-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de los **DEMANDANTES** contra la sentencia del 1° de junio de 2021 del Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas excepciones, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a los **DEMANDANTES** (01:38:53 archivo “10. Audiencia Juzgamiento 01-Jun-2021”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 102 a 115 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).**

ÁLVARO DIAZ GUTIÉRREZ, en nombre propio y de **XENIA CASTAÑO PUENTES**, demandó a **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** y a su socia gestora **BEATRIZ LONDOÑO PINZÓN**, para que se declare que desde el 16 de noviembre de 2009 hubo entre las partes un contrato de prestación de servicios profesionales y que no se pagaron los honorarios; en consecuencia, declarar la resolución del contrato y condenar a la indemnización de perjuicios por \$168.235.922, indexada, intereses remuneratorios al IBC, intereses moratorios a la tasa legal máxima, interés compuesto, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que el 16 de noviembre de 2009 los **DEMANDADOS** celebraron contrato de prestación de servicios con **XENIA CASTAÑO PUENTES**, el cual se cumplió con diligencia porque se logró la restitución del inmueble arrendado con matrícula 50C-1440628, pactándose honorarios de \$2.500.000, que fueron pagados, más un 30% de los cánones de arrendamiento que se recuperaran e intereses. Aseguró que el proceso se tramitó en el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá D.C., donde se sustituyó poder a **ÁLVARO DIAZ GUTIÉRREZ** y mediante fallo del 18 de diciembre de 2015 se terminó el contrato de arrendamiento y se ordenó la restitución del inmueble, siendo entregado materialmente el inmueble a los **DEMANDADOS** el 12 de septiembre de 2016. Aseguró que a pesar de que **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** se disolvió por vencimiento de término el 14 de abril de 2013, tras recibir el inmueble procedió a prestar el servicio de parqueo de vehículos, actividad ajena a su objeto social, omitiendo su deber de liquidar la sociedad, vender activos y pagar pasivos. El 23 de mayo de 2016 el Juzgado 28 Civil del Circuito libró mandamiento por \$560.786.408 por canon de arriendo, cifra que permite establecer el valor de los honorarios. El 21 de septiembre de 2016 se modificó la cláusula de honorarios del contrato de prestación de servicios, acordando las partes que son el 30% del valor del canon de arrendamiento e intereses generados hasta el efectivo pago de los honorarios, pago que se haría mediante la venta del inmueble objeto de restitución u de otro inmueble que luego las partes excluyeron del acuerdo, o con el producto de los bienes embargados y adjudicados, sin perjuicio de los abonos que el cliente pueda efectuar de común acuerdo con el abogado. Afirman que el inmueble restituido y sus frutos son los únicos activos de la sociedad y que **ÁLVARO DIAZ GUTIÉRREZ** prestó servicios para procurar su venta, previo acuerdo verbal con la Sociedad, fijándose un precio de \$5.105.000.000, gestión que incluyó anuncios en distintos medios y la presentación del lote a varios interesados, sin que ORLANDO PEÑA AYCARDI, representante legal de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** atendiera los interesados porque no tenían un real interés de venta, tras lo cual se desmontó la pancarta de venta y se arrendó el lote a la

sociedad AUTOLAVADO SJT S.A.S. por cinco años contados desde el 1° de enero de 2018, sin que los **DEMANDADOS** hayan dado ninguna solución para el pago de honorarios.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 135 a 145 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).**

Los **DEMANDADOS** se opusieron a todas las pretensiones. Aceptaron la suscripción del contrato de prestación de servicios y que el proceso de restitución de inmueble arrendado se adelantó ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá D.C., quien por fallo declaró terminado el contrato de arrendamiento, ordenando la restitución del inmueble, cuya entrega material se efectuó el 12 de septiembre de 2016 y que luego se destinó para el servicio de parqueadero; que se libró mandamiento de pago por canon de arriendo; que se modificó la cláusula de honorarios; que el inmueble restituido y sus frutos son los únicos activos de la sociedad y que se desmontó la pancarta de venta y se arrendó por cinco años a AUTOLAVADO SJT S.A.S.

Aseguran que el otro sí en el pago de honorarios se suscribió 9 meses después de la sentencia, lo que demuestra la falta de gestión e ignorancia de la Ley de los **DEMANDANTES**, lo cual les causó perjuicios patrimoniales, toda vez que el proceso de restitución se adelantó contra PREMODA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, por lo que debía aplicarse el artículo 56 de la Ley 1116 de 2006, el cual indica que la entrega de bienes que no forman parte del patrimonio a liquidar, procede por solicitud dentro de los 06 meses siguientes al inicio del proceso de liquidación judicial, debiendo el solicitante presentarse al proceso y solicitar al Juez del Concurso la restitución, acompañando prueba sumaria, opción que permitía recuperar el bien en un menor tiempo y de forma más eficaz, ya que el proceso de restitución de inmueble civil duró 06 años, el cual desconoció la prohibición del artículo 22 de la precitada Ley, que impide a partir de la apertura del proceso de reorganización iniciar o continuar procesos de restitución de tenencia sobre bienes con los cuales el deudor desarrolla su objeto

social, siempre que la causal invocada sea la mora en el pago del canon, desconocimiento legal que conllevó a que el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá D.C. declarara la nulidad de todo lo actuado mediante auto del 12 de julio de 2012, la cual se subsanó incluyendo como demandante al señor liquidador de la sociedad en vez de acudir a las disposiciones de la Ley 1116 de 2006 y no se hicieron parte del proceso de liquidación a pesar de una advertencia expresa del Despacho, lo que impidió la presentación, graduación y calificación de créditos a favor de los **DEMANDADOS**, lo que causó un detrimento patrimonial por no pago del canon de arriendo.

Por o anterior, ante la imposibilidad de cobro de dicho canon, los **DEMANDANTES** modificaron la cláusula de honorarios para eliminar que el porcentaje del 30% se cobraría del dinero que se pudiera recuperar dentro del proceso o dentro de la conciliación prejudicial, cambio que de buena fe suscribieron los **DEMANDADOS**, quienes no son expertos en derecho; de otra parte, la cuota litis se cobra sobre el valor recaudado por canon, sin que a la fecha se haya logrado recibir un solo peso por tal concepto, por tanto, no se ha producido el resultado de recaudo y no hay ninguna base sobre la cual liquidar las sumas reclamadas por honorarios, sin que sea posible el uso de la acción resolutoria de contrato cuando quien la ejerce no ha cumplido sus obligaciones, ya que la *exceptio non adimpleti contractus* del artículo 1609 CC, establece que no hay mora de ninguno de los contratantes mientras el otro por su lado no cumpla lo pactado.

Finalmente, afirman que los honorarios reclamados están prescritos, porque la sentencia de restitución se dictó el 18 de diciembre de 2015, pero la demanda se presentó luego de tres años de proferido dicho fallo, así mismo, reclamó la falta de legitimación en la causa por activa de **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ**, quien no suscribió el contrato inicial y por ende no es parte de este. Si bien, los **DEMANDADOS** se obligaron al pago de honorarios con la venta del inmueble restituido, no se obligó a realizar dicha venta en un tiempo determinado porque no se pactó un plazo para ello, sin que puedan

los **DEMANDADOS** imponer condiciones e instruir la venta como si fueran socios, ya que son simples contratistas de la sociedad en liquidación, por ende, se trata de una obligación condicional, en todo caso, el COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS DE COLOMBIA fija como tarifa del proceso de restitución de inmueble el 15% del valor total de los cánones de arrendamiento correspondientes a un año, siendo desproporcionado el cobro efectuado.

Formularon las excepciones de mala fe y cobro indebido de honorarios profesionales, incumplimiento del contrato de prestación de servicios y del otro sí, prescripción, falta de legitimación en la causa por activa de **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ**, cumplimiento del contrato de prestación de servicios y del otro sí por los **DEMANDADOS** y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:38:53 archivo “10. Audiencia Juzgamiento 01-Jun-2021”).

El 1° de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **DECLARAR** probadas las excepciones de incumplimiento del contrato de prestación de servicios y de otro sí por parte de XENIA CASTAÑO PUENTES y de cumplimiento del contrato de prestación de servicios y del otro sí por parte de INVERSIONES SANTANA & CIA S EN C (Sic) y BEATRIZ LONDOÑO PINZÓN, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: ABSOLVER** a los demandados INVERSIONES SANTANA & CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN y BEATRIZ LONDOÑO PINZÓN de las pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte DEMANDANTE y a favor de los DEMANDADOS, tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000. **CUARTO:** en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a los DEMANDANTES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes hubo un contrato de prestación de servicios y la procedencia de condenar al pago de honorarios y demás pretensiones.

Como fundamento fáctico indicó que no hay discusión que entre las partes se celebró contrato de prestación de servicios para adelantar el proceso de restitución de inmueble arrendado, así mismo, declaró la cesión de dicho contrato a favor de **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ** por aceptación tácita de los **DEMANDADOS**. En cuanto la modificación en la forma de pago de los honorarios efectuada mediante otro sí, declaró el error de hecho y subsecuente vicio en el consentimiento del mandante, por tanto, declaró nulo el otro sí y en consecuencia acudió a los términos inicialmente pactados, los cuales establecen como honorarios un porcentaje de lo recaudado por cánones, sin que haya prueba de recaudo alguno, por lo cual absolvió de las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

Los **DEMANDANTES** solicitan revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indican que hay pruebas en el expediente que acreditan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los mandantes, así como la capacidad y entendimiento del representante legal de la sociedad para celebrar el otro sí, de otra parte, quedó pendiente que el Juzgado que conocer el proceso ejecutivo civil aportara copia del expediente, lo cual es benéfico para conocer la realidad procesal. Concluye que los elementos de prueba acreditan que el representante legal de la sociedad aceptó el otro sí y expresó su pleno consentimiento con el contenido de este (01:40:28 archivo “10. Audiencia Juzgamiento 01-Jun-2021”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los **DEMANDANTES** afirman que no hay nulidad absoluta, porque la única prueba del *a quo* para declararla fue la manifestación pasiva del representante legal de la sociedad demandada de haber entendido otra cosa diferente a la firmada en el otro sí, sin considerar que la conducta de los **DEMANDADOS** acredita la aceptación de las obligaciones derivadas del otro sí, como lo son los correos electrónicos intercambiados entre las partes donde la sociedad acepta la venta del lote restituido para pagar los honorarios y solicitó

la gestión de los **DEMANDANTE** para lograr dicha venta. De otra parte, indicó que no se ha incumplido el contrato respecto el cobro del canon de arriendo, porque se agotaron los medios pertinentes para su recuperación a través del proceso ejecutivo, expediente que no se aportó al proceso y que demuestran la gestión de obro y que se logró el embargo y secuestro de bienes muebles, algunos de los cuales fueron vendidos por un empleado de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN**, sin que el representante legal tomara alguna medida contra su empleado. Agotado el término de traslado, el apoderado de los **DEMANDADOS** no presentó alegatos.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si los **DEMANDANTES** tiene derecho a al pago de los honorarios y demás pretensiones, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos: **i)** el 16 de diciembre de 2009, se suscribió contrato de trabajo entre **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** y **XENIA CASTAÑO PUENTES**, la primera como contratante y la segunda como contratista, cuyo objeto fue la prestación de sus servicios profesionales para representar los mandantes contratantes en el proceso de restitución de bien inmueble arrendado (Pág. 16 a 17 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”); **ii)** el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá D.C. conoció el proceso de restitución de inmueble arrendado 1100131030-28-2010-00747-00 de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** contra PREMOLDA LTDA. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, reconociéndose como apoderada de la parte actora a **XENIA CASTAÑO PUENTES** (Pág. 31 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”); **iii)** el 18 de diciembre de 2015 se profirió sentencia que decidió sobre la restitución de inmueble, favorable a los **DEMANDADOS**, por cuanto se declaró

terminado el contrato de arrendamiento y se ordenó la restitución del inmueble, siendo efectuada la diligencia de entrega el 19 de agosto de 2016; el 12 de septiembre de 2016, **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ** efectuó la entrega material del predio restituido a **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** (Pág. 38 a 50 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”); **iv)** el Juzgado Segundo (02) Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C. expidió copias auténticas ejecutoriadas, correspondientes al proceso ejecutivo a continuación del ordinario que en su momento conoció el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá D.C., correspondiente al mandamiento de pago que se libró el 23 de mayo de 2016 por \$560.786.408,20 por canon de arrendamiento adeudados a los **DEMANDADOS** (Pág. 92 a 94 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”); **v)** el 21 de septiembre de 2016, los **DEMANDANTES** y el representante legal de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** suscriben un *otro sí* que modificó la cláusula segunda de honorarios del contrato de prestación de servicios suscrito el 16 de diciembre de 2009 (Pág. 18 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró probadas excepciones, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a los **DEMANDANTES**.

Los **DEMANDANTES** interpusieron recurso de apelación, solicitando revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indican que hay pruebas en el expediente del cumplimiento de las obligaciones contractuales por los mandantes y de la capacidad y entendimiento del representante legal de la sociedad para celebrar el *otro sí*, que no se aportó copia del expediente ejecutivo para conocer la realidad procesal y que las pruebas acreditan que el representante legal de la sociedad aceptó el *otro sí*, dando su pleno consentimiento respecto su contenido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- **Sobre la carga de la prueba en el cobro de honorarios profesionales.**

El contrato de mandato, utilizado en el ámbito privado para encomendar la gestión de asuntos, está definido en el artículo 2142 del Código Civil como el acuerdo de voluntades por el cual una persona, denominada mandante, confía la gestión de uno o más negocios en otra, denominada mandatario, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Nuestra legislación civil no estableció ninguna solemnidad para el perfeccionamiento del contrato de mandato, por tanto, puede celebrarse verbalmente por cuanto el artículo 2150 CC establece que se perfecciona con la mera aceptación del mandatario, acto que puede ser expreso o tácito a través de actos de ejecución de la gestión encargada, gestión que puede fijarse en los modos señalados en el artículo 2149 CC.

El mandato civil puede ser gratuito u oneroso conforme el artículo 2143 CC y en caso de acordarse lo segundo, el pago lo hará el mandante en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas por las partes según el artículo 2184 CC. Por su parte, el mandato comercial siempre será remunerado conforme el artículo 1264 CCo, siendo relevante considerar las actividades que son mercantiles conforme el artículo 23 CCo.

Respecto de la carga de la prueba en procesos en los que se reclama el pago de la remuneración por un contrato de mandato, la H. Sala de Casación Laboral señaló en la sentencia SL3212 de 2018 que quien reclama el pago de sus honorarios debe acreditar el adecuado desempeño de la actividad profesional para la cual fue contratado y que se acordó que tal mandato sería oneroso, posición que reafirmó en las sentencias SL2803 de 2020, SL1322 de 2021, SL2335 de 2021, SL343 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda alguna que entre la demandada **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** y la demandante **XENIA CASTAÑO PUENTES** se suscribió contrato de prestación de servicios profesionales, así mismo, los **DEMANDADOS** no presentaron recurso alguno contra la decisión del *a quo* de considerar que hubo cesión contractual de la posición de contratista de **XENIA CASTAÑO PUENTES** hacia **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ**, aspecto que no será objeto de pronunciamiento por la Sala.

Hecha la precitada advertencia, procede esta Corporación a resolver el punto de inconformidad de los **DEMANDANTES**, que no es otro que señalar que el representante legal de la sociedad demandada comprendió el contenido del otro sí suscrito el 21 de septiembre de 2016 y dio su consentimiento para efectuar la modificación en la forma de pago de los honorarios.

En el caso bajo estudio, observa la Sala que los **DEMANDANTES** se obligaron con **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** a adelantar el proceso de restitución de inmueble arrendado, gestión que fue favorable a los **DEMANDADOS**, por cuanto la sentencia del Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá D.C. del 18 de diciembre de 2015 dentro del proceso 1100131030-28-2010-00747-00 les fue favorable, por cuanto declaró terminado el contrato de arrendamiento suscrito por la sociedad demandada con PREMOLDA LTDA. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y ordenó la restitución del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1440628 ()

Así las cosas, no hay duda alguna que los **DEMANDADOS** se beneficiaron de la gestión profesional de los **DEMANDANTES**, quienes mediante proceso judicial obtuvieron la restitución del inmueble arrendado objeto del contrato de prestación de servicios, inmueble cuya entrega material hizo el demandante **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ**

al representante legal de la sociedad que contrató los servicios profesionales de los abogados demandantes (Pág. 38 a 50 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).

Así las cosas, los **DEMANDANTES** tiene el derecho a que los **DEMANDADOS** les paguen los honorarios correspondientes, sin que sea de recibo para esta Corporación la existencia de una nulidad relativa del *otro sí* suscrito el 21 de septiembre de 2016, por cuanto en el expediente no hay ninguna prueba de que ORLANDO PEÑA AYCARDI, representante legal de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** (Pág. 21 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”), hubiera incurrido en error de hecho al momento de modificar la forma de pago de los honorarios, tal y como pasa a exponerse.

En primer lugar, no es dable que una parte fabrique su propia prueba o alegar su propia culpa, pues en el presente caso fue la declaración del propio ORLANDO PEÑA AYCARDI, representante legal de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN**, la única prueba que consideró el *a quo* para considerar que el representante de la sociedad comprendió erróneamente la forma como se acordó el pago de los honorarios.

De otra parte, revisado el contenido del precitado otro sí, no advierte esta Sala que sea confuso, impreciso o ambiguo, por cuanto su alcance es claro y entendible con la simple lectura del mismo, sin que exista ningún elemento de prueba que permita considerar que el señor ORLANDO PEÑA AYCARDI, representante legal de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN**, carecía de las facultades o capacidades suficientes para entender el alcance de las obligaciones que acordó con su contraparte.

Así las cosas, la Sala desestimaré la nulidad relativa del *otro sí* suscrito entre los **DEMANDANTES** e **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN**, motivo por el cual lo tendrá como válido y

procede a analizar la manera como fue pactada entre las partes el pago de los honorarios.

Llama la atención que el contrato de prestación de servicios suscrito el 16 de diciembre de 2009, establece que los honorarios están conformados por dos conceptos, a saber, un pago fijo de \$2.500.000 y el 30% de los dineros correspondientes a cánones de arrendamiento e intereses que se logren recuperar dentro del proceso o dentro de la conciliación prejudicial (Pág. 16 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).

Posteriormente, el *otro sí* del 21 de septiembre de 2016, modificó la forma de pago de los honorarios, para determinar que será del 30% sobre los cánones de arrendamientos e intereses causados hasta que se haga efectivo el pago de los honorarios (Pág. 18 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).

Así las cosas, conforme los elementos de prueba allegados, no queda duda de que el valor de los honorarios correspondiente a cuota Litis, es decir, el porcentaje pactado, se debe liquidar sobre el valor de los cánones de arrendamientos e intereses causados, sin condicionar en modo alguno el pago de los honorarios al recaudo efectivo de los cánones e intereses, condición que si era establecida en el contrato de prestación de servicios pero que fue eliminada en el *otro sí*.

Así las cosas, la eliminación del recaudo como condición para el pago de los intereses moratorios resulta razonable, por cuanto no avala esta Sala que el pago por un proceso de restitución de inmueble arrendado, que inició y finalizó con la sentencia del 18 de diciembre de 2015, en el cual los **DEMANDANTES** ejercieron todo el tiempo la representación de **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** y procuraron la defensa de los intereses de dicha sociedad, se limite a un pago de apenas \$2.500.000

Así las cosas, concluye esta Corporación que la modificación al contrato de prestación de servicios efectuada el 21 de septiembre de 2016, eliminó la condición de recaudo efectivo para el pago de los honorarios sobre una cuota Litis del 30%. No obstante, lo anterior, no es posible acceder a las pretensiones de los **DEMANDANTES**, por las razones que pasan a exponerse.

En primer lugar, advierte la Sala que las partes acordaron en el otro sí que el monto de los honorarios corresponde al 30% del valor del canon e intereses causados, sin embargo, para la fecha en que se suscribió dicha modificación contractual ya se había terminado el respectivo contrato de arriendo, en virtud de lo dispuesto en el numeral primero del fallo del 18 de diciembre de 2015, por lo que no es válido considerar periodos posteriores a la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia porque para entonces ya el contrato no estaba vigente y por tanto dejaban de causarse los repectivos cánones de arrendamiento .

En segundo lugar, los **DEMANDANTES** omitieron allegar el contrato de arrendamiento suscrito entre **INVERSIONES SANTANA Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN** y la sociedad PREMOLDA LTDA. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, por el cual se entregó la tenencia del inmueble identificado con matrícula 50C-1440628, lo cual impide determinar con certeza el valor del respectivo canon y, si bien se libró mandamiento de pago por dicho concepto el 23 de mayo de 2016, providencia que señala un valor mensual de canon, lo señalado en dicho auto no es prueba determinante del valor pactado, mismo que puede variar con las excepciones que pudieron haber propuestos los ejecutados, incertidumbre que se acentúa si se considera que los **DEMANDADOS**, al contestar la demanda, presentaron una liquidación de los presuntos cánones adeudados, cuyos valores tampoco concuerdan con los señalados en el mandamiento de pago (Pág. 93 y 94, 148 archivo “01. ORDINARIO LABORAL No 11001310503220190008500”).

Así las cosas, la incertidumbre y deficiencia probatoria de los **DEMANDANTES** impide fijar el monto de los honorarios al no permitir determinar el valor cierto del canon, por cuanto se limitan a acreditar la fecha de terminación del respectivo contrato de arrendamiento.

Si bien el demandante **ÁLVARO DÍAZ GUTIÉRREZ** indicó en su interrogatorio que el contrato no había sido suscrito por el arrendatario y que por ello debió preconstituir el mismo mediante declaraciones extrajuicio, no obstante, los **DEMANDANTES** no procuraron ningún esfuerzo para allegar siquiera el expediente judicial completo del proceso de restitución de inmueble arrendado, lo cual quizás hubiera permitido analizar con mayor detalle los elementos probatorios recaudados en dicho proceso y, quizás, haber fijado un valor de canon sobre el cual liquidar los honorarios.

La precitada omisión probatorio de los **DEMANDANTES** no puede ser subsanada con su solicitud de requerir a la respectiva autoridad judicial el expediente del proceso ejecutivo a continuación del ordinario que en su momento conoció el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá D.C., por cuanto no fueron los **DEMANDANTES** sino los **DEMANDADOS** quienes pidieron tal prueba y, si bien la misma nunca fue allegada por el Juzgado Segundo (02) Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C., tal omisión en principio solo podía ser alegada por la parte que requirió dicho medio de prueba, que no fue el extremo demandante.

Por las anteriores consideraciones y ante la falta de prueba de los cánones, lo cual impide liquidar el valor de los honorarios, no queda opción distinta para esta Sala que confirmar el fallo apelado, por cuanto si bien no se comparte la decisión del *a quo* de declarar nulo el otro sí de 2016 y es reprochable que los **DEMANDADOS** se beneficien de la restitución de un inmueble arrendando pagado como contraprestación apenas \$2.500.000, lo cierto es que los **DEMANDANTES**, a quienes les correspondía la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones conforme el artículo 167

CGP, no allegaron suficientes pruebas para acceder a lo solicitado en su recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 35-2019-00565-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 05 de octubre de 2021 del Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y legalidad de los actos administrativos, negó las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (31:17 archivo “19. Audiencia art. 80 CPT 5 octubre”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 12 archivo “01. 2019-00565-00”).**

BLANCA SUSANA MUÑOZ BERNAL solicitó declarar que tiene 1350 semanas cotizadas y ordenar a **COLPENSIONES** reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 26 de agosto de 2016; en consecuencia, condenar al pago del retroactivo pensional, disfrute de servicios médicos asistenciales e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 26 de agosto de 1959, que **COLPENSIONES** expidió historias laborales el 13 de noviembre de 2014, el 31 de diciembre de 2014 y el 05 de agosto de 2016, última que relaciona 1375,14 semanas, por ello solicitó el

reconocimiento de su pensión de vejez, la cual negó la Resolución GNR 9979 del 9 de enero de 2015 porque solo tiene 1289 semanas, ante lo cual solicitó el 29 de agosto de 2016, por segunda vez, su pensión conforme la historia laboral de agosto de 2016, solicitud que negó la Resolución SUB 108661 del 28 de junio de 2017 alegando que tiene 1055 semanas cotizadas, por lo cual interpuso recursos, los cuales fueron negados con las Resoluciones SUB 240629 del 27 de octubre de 2017 y DIR 19972 del 08 de noviembre de 2017, las cuales indican que un empleador reportó la novedad de retiro con efectos retroactivos en virtud del artículo 37 del Decreto 3063 de 1989.

Un vez mas, vez solicitó el reconocimiento pensional, el cual se negó con la Resolución SUB 191052 del 17 de julio de 2018, finalmente, en una cuarta ocasión reclamó su pensión, alegando que debido a la antigüedad de la relación es imposible certificar los tiempos laborados con la FABRICA COLOMBOANDINA VÁLVULAS S.A., salvo la constancia que acredita que había empezado a laborar en 1977 y el carnet del ISS que señala que a febrero de 1979 era cotizante, pese lo cual la Resolución SUB 318821 del 06 de diciembre de 2018 negó la pensión, alegando que la Entidad inició un procedimiento de prevención de fraude conforme el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 y la Resolución Interna 555 de 2015, suspendiéndose el trámite de reconocimiento, por lo que interpuso acción de tutela, la cual se negó por subsidiariedad, razón por la cual acude al proceso ordinario laboral.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 88 a 100 y 117 archivo “01. 2019-00565-00”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, la expedición de las historias laborales del 13 de noviembre de 2014, 31 de diciembre de 2014 y 05 de agosto de 2016 y que negó el reconocimiento de la pensión de vejez. Indicó que la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez porque solo tiene 1055 semanas cotizadas, por

cuanto verificados los datos se determinó que el empleador FCA COLOMBO AND VALVULAS S en el ciclo 1979-02 reportó una novedad de retiro retroactivo al 1° de noviembre de 1977, conforme el Decreto 3063 de 1989, por lo cual se ajustó la historia laboral, sin que exista prueba alguna de afiliación con dicho empleador con posterioridad. Interpuso las excepciones de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (31:17 archivo “19. Audiencia art. 80 CPT 5 octubre”).

El 05 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda en su totalidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido y legalidad de los actos administrativos. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante BLANCA SUSANA MUÑOZ BERNAL. Se fijan agencias en derecho la suma de \$500.000. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante BLANCA SUSANA MUÑOZ BERNAL, de conformidad con el inciso tercero del artículo 69 CPTSS. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si la **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión de vejez y demás pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que no hay duda de la edad de la **DEMANDANTE** y que esta cotizó al extinto ISS. Indicó que la H. CSJ ha sostenido que el trabajador dependiente causa el derecho a percibir los aportes a pensión con la prestación efectiva del servicio, por lo cual éste debe acreditar, de forma razonable, la existencia de la relación laboral que causa la prestación de tal servicio, lo cual no se logró en el caso bajo estudio, porque la certificación y el carnet del ISS aportados no demuestran la existencia de la relación laboral ni sus extremos, mientras que la **DEMANDADA** allegó informé de auditoria que concluye error en la contabilización de semanas con el

empleador FCA COLOMBO AND VALVULAS S, por lo cual es válido que la entidad modificara su propio acto de historia laboral conforme el Artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Sonia Lorena Riveros Valdés, identificada con CC 1.105.681.100 y TP 255.514 del CSJ, quien solicitó confirmar el fallo, alegando que en el proceso se acreditó que la afiliada no tiene derecho a la pensión, ya que no hay prueba siquiera sumaria de la relación laboral con FC COLOMBO AND VÁLVULAS S, WEN por el periodo reclamado. Agotado el término, el apoderado de la **DEMANDADA** no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la **AFILIADA DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen el artículo 69 CPTSS procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la **DEMANDANTE** tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, considerando para ello el periodo en que presuntamente laboró para FCA COLOMBO AND VALVULAS del 10 de julio de 1977 al 28 de febrero de 1985, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **BLANCA SUSANA MUÑOZ BERNAL** nació el 26 de agosto de 1959 (Pág. 13 archivo “01. 2019-00565-00”); **ii)** la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** negó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la **DEMANDANTE** mediante las Resoluciones GNR 9979 del 9 de enero de 2015, SUB 108661 del 28 de junio de 2017, SUB 240629 del 27 de octubre de 2017, DIR 19972 del 08 de noviembre de 2017, SUB 191052 del 17 de julio de 2018 y SUB 318821 del 06 de diciembre de 2018 (carpeta “03. CD FL. 80”)

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y legalidad de los actos administrativos, negó las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe

asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual solo a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la historia laboral más actualizada de la **DEMANDANTE** que obra en el expediente, a saber, la expedida el 26 de abril de 2021, indica que la demandante acumula 1055 semanas cotizadas (archivo “13.”).

La **DEMANDANTE** controvierte el precitado número de semanas, porque alega que las historias laborales de **COLPENSIONES** del 13 de noviembre de 2014, 31 de diciembre de 2014 y 05 de agosto de 2016 registraron, con claridad, que la afiliada laboró para la empresa FCA

COLOMBO AND VALV (también denominada FCA COLOMBO AND VALVULAS S) del 10 de julio de 1977 al 28 de febrero de 1985, lapso equivalente a 398,72 semanas cotizadas (Pág. 14 a 24, 27 a 31 archivo “01. 2019-00565-00”), periodo que **COLPENSIONES** redujo unilateralmente cuando señaló que dicho empleador cotizó del 10 de julio de 1977 al 02 de noviembre de 1977, plazo que equivale a 16,57 semanas de las 398,72 inicialmente registradas.

Como prueba de la existencia de la relación laboral por el periodo registrado inicialmente, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio de parte que su primer trabajo fue con la empresa FABRICA COLOMBO ANDINA DE VÁLVULAS, relación por la cual se afilió inicialmente al ISS y que estuvo vigente del 10 de julio de 1977 y 1983 (16:03 archivo “07. AUDIENCIA 2019-565”).

Para soportar su dicho, la **DEMANDANTE** allegó copia de la constancia expedida el 11 de mayo de 2077 por la sociedad VÁLVULAS COLOMBO ANDINAS LTDA, dirigida al MINISTERIO DE TRABAJO, por la cual la sociedad hace constar que la **DEMANDANTE** desea laborar con ella, así mismo aportó copia de su carnet como asegurada del ISS, expedido el 02 de febrero de 1979 (Pág. 66 y 67 archivo “01. 2019-00565-00”).

Valorados los precitados elementos de prueba, concluye esta Sala que no son suficientes, por si solos, para acreditar más allá de cualquier duda la presunta prestación personal del servicio de la **DEMANDANTE** a favor de FCA COLOMBO AND VALV (también denominada FCA COLOMBO AND VALVULAS S).

En efecto, la constancia expedida por VÁLVULAS COLOMBO ANDINAS LTDA se limita a señalar el deseo de la afiliada de vincularse con dicha sociedad, más no da prueba de que dicha intención se haya perfeccionado en un contrato de trabajo, así mismo, no hay ninguna prueba de que la persona que firmó dicho documento en nombre de tal sociedad tuviera facultad legal para representar la compañía, es más, ni siquiera hay prueba siquiera sumaria de la existencia jurídica de la precitada sociedad.

En cuanto el carnet de asegurada del ISS, si bien el mismo fue expedido en 1979, año en el cual la historia laboral de abril de 2021 no registra ninguna relación laboral, hecho que podría considerarse como un indicio de que para ese entonces la **DEMANDANTE** si estaba laborando, lo cierto es que el análisis más cuidadoso de tal documento permite observar que en el mismo no se menciona ni se sugiere que la **DEMANDANTE** sea afiliada cotizante del ISS, lo cual genera duda de si era más bien una beneficiaria, además, en el carnet no se señala el eventual empleador de la **DEMANDANTE**, ni se describe la existencia de una relación laboral vigente para la fecha, por ende, no es posible considerar tal carnet como una prueba concluyente de la existencia de la relación laboral reclamada.

Así las cosas, no existe elemento probatorio allegado por la **DEMANDANTE** que acredite, más allá de cualquier duda, que la relación laboral con el aportante FCA COLOMBO AND VALV (también denominada FCA COLOMBO AND VALVULAS S) haya perdurado entre julio de 1977 y 1983, mientras que **COLPENSIONES** si allegó prueba de los motivos que conllevaron al reajuste de la historia laboral de la **DEMANDANTE**, tal y como pasa a exponerse.

En efecto, el área de Cumplimiento de **COLPENSIONES** presentó informe del caso fechado el 09 de agosto de 2016, el cual señala que tras la revisión de la historia laboral de la **DEMANDANTE**, se verificó que el aportante FCA COLOMBO AND VALVULAS S presentó novedad de ingreso el 10 de julio de 1977 y novedad de retiro el 1° de noviembre de 1977, circunstancia que conllevó a excluir de la historia laboral los presuntos aportes efectuados por dicho aportante desde el 1° de noviembre de 1977 hasta el 28 de febrero de 1985, ajuste que se realizó considerando la información del archivo de microfichas y libro pagos (archivo “11. RTAREQEURIMIENTO”).

Así las cosas, considerando el análisis de los elementos de pruebas aportados al expediente, se concluye que no hay prueba suficiente de que la **DEMANDANTE** haya prestado su servicio a favor de FCA COLOMBO AND VALV (también denominada FCA COLOMBO

AND VALVULAS S), con posterioridad al 02 de noviembre de 1977 y hasta 1983, motivo por el cual no se cumplen en el caso concreto los requisitos para aplicar la tesis de la mora del empleador y ordenar a **COLPENSIONES** tener el precitado periodo como válido para efectos pensionales, toda vez que la H. CSJ ha señalado que la mora del empleador solo procede cuando no hay duda de la efectiva prestación del servicio del trabajador, tal y como indicó en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo apelado. Sin costas en la apelación.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

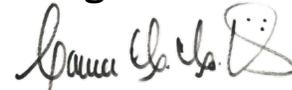
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 00-2021-00972-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, así como lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **COOMEVA E.P.S. S.A.** contra la sentencia S2020-001149 del 26 de junio de 2020 de la Superintendencia Nacional de Salud, que condenó a la EPS a pagar \$19.589.632 indexados (fl. 148 a 158).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 1 a 7).**

UNIÓN TEMPORAL OBTC COLOMBIA, conformado por OHMSTEDE INDUSTRIAL SERVICES INC, BLASTINGMAR S.A.S. y CARLOS OMAR YAÑEZ SUAREZ & CIA LTDA. solicitó condenar a **COOMEVA E.P.S. S.A.** a reembolsar \$34.018.797, indemnizar el lucro cesante causado, indexación e intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que la **UNIÓN TEMPORAL OBTC COLOMBIA** se constituyó para ejecutar el contrato MA-0031201, vigente desde el 07 de noviembre de 2013 hasta 2016 y que se extendió hasta el 31 de diciembre de 2018 por el contrato adicional

No. 2 del 29 de diciembre de 2016, para el servicio de mantenimiento con parada de planta y en operación de las unidades de proceso de la gerencia refinería Barrancabermeja de ECOPETROL S.A.

Aseguró que la ejecución del contrato depende de la programación del contratante, a su vez supeditada a las condiciones operacionales de sus unidades de proceso, lo que causa una vinculación atípica de personal en la UT, formado por un equipo administrativo base a lo largo del contrato y personal operativo vinculado por obra o labor para ejecutar cada orden de servicio generada en virtud del contrato marco de mantenimiento de cada unidad de proceso, operaciones que oscilan entre 15 y 30 días y donde se vinculan de 300 a 1000 trabajadores, para evitar el lucro cesante por la falta de producción para el suministro de combustible al país, lo que genera múltiples novedades de vinculación y retiro del trabajador en el mismo periodo de pago de aportes, los cuales siempre ha pagado respetando la fecha límite, la cual varía entre empresas de hasta 200 trabajadores y empresas con más de 200 trabajadores.

De otra parte, el 80% del personal tiene un régimen salarial y prestacional convencional, por lo cual el IBC del trabajador activo lo forma el salario básico según escalafón salarial de ECOPETROL S.A., las horas extras del mes y ajustes de meses anteriores, los descansos compensatorios y la prima de habitación, mientras que el IBC del trabajador retirado en el mes abarca los factores ya señalados más la prima convencional, la prima de vacaciones y las vacaciones pagadas en dinero en el caso de los parafiscales.

Afirmó que **COOMEVA E.P.S. S.A.** no pagó las prestaciones económicas de sus afiliados alegando *notas aclaratorias*, adeudando \$34.018.797 por treinta y dos (32) prestaciones económicas que la UT ya pagó a sus trabajadores y que no reembolsó la EPS alegando periodos sin pago, IBC del periodo base de liquidación no registrado y que el empleador debe asumir directamente la atención porque la suspensión le es imputable y una supuesta cartera presunta.

Aseguró que a pese los requerimientos escritos y acercamientos telefónicos con los funcionarios de la EPS, no ha reembolsado las acreencias con base en hechos falsos, derivados de la omisión de **COOMEVA E.P.S. S.A.** para identificar y actualizar las novedades, por lo cual generó dos y hasta tres requerimiento de cartera presunta por un mismo periodos, tras lo cual la UT demostró el cumplimiento de sus deberes y la EPS el 31 de julio de 2017 lo declaró a paz y salvo por aportes obligatorios de salud, pese lo cual la EPS le impone cargas administrativas desproporcionadas o por tareas a cargo de la EPS, violando el debido proceso de quien ya radicó la solicitud de reembolso cumpliendo todos los requisitos exigidos para ello,

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo “1-2017-208945”).**

COOMEVA E.P.S. S.A. se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la incapacidad 9362719 se pagó el 13 de mayo de 2016 por \$539.700; que siete (07) incapacidades relacionadas en la demanda no aparecen radicadas; que las incapacidades 7579414 y 7395832 están prescritas; que la incapacidad 8408640 es de dos días y están a cargo del empleador; que hay cuatro (04) incapacidades negadas por cartera de aportante dependiente, conforme los artículos 21 del Decreto 1804 de 2001, 79 del Decreto 806 de 1998 y 8 de la Ley 828 de 2003 y el hecho de que el aportante se ponga al día no implica un pago retrospectivo de la incapacidad; así mismo, otras dos (02) incapacidades se niegan por cartera de otros cotizantes, conforme los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1670 de 2007 que sancionan al aportante que no paga con el no reconocimiento de incapacidades, lo cual ratifica el Parágrafo 4° del artículo 71 del Decreto 2353 de 2015, por otra parte, que tres (03) incapacidades están en trámite administrativo de pago. Interpuso las excepciones de pago parcial, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 148 a 158).

La sentencia S2020-001149 del 26 de junio de 2020 de la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: RECONOCER** personería jurídica a la abogada LUZ ADRIANA DÍAZ RIVERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 52.523.195 y portadora de la tarjeta profesional No. 231.746 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado general de COOMEVA EPS S.A. **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión de la demanda presentada por el señor SAMUEL ENRIQUE ANAYA PÉREZ, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL OBTC COLOMBIA sociedad DEMANDANTE en contra de COOMEVA EPS S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **TERCERO: ORDENAR** a COOMEVA EPS S.A. el reconocimiento y pago de la suma de VALOR TOTAL DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE (\$19.589.632.00)Mcte, con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor del DEMANDANTE UNIÓN TEMPORAL OBTC COLOMBIA, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **CUARTO: ADVERTIR** que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE, impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019. **QUINTO: NOTIFICAR** la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE al correo electrónico samuel.anaya@obct.co y Daniel.acosta@obct.co y a la EPS DEMANDADA en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. **PARÁGRAFO 1:** Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, ésta se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita el reporte de entrega. **PARÁGRAFO 2:** Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad. (…)”

La a quo indicó que no hay duda que los afiliados de **COOMEVA E.P.S. S.A.** son trabajadores de la **DEMANDANTE**, de otra parte,

indicó que el Decreto 1670 de 2007, se expidió para normalizar el pago de aportes, pero el pago solo será inoportuno cuando se efectúa fuera del mes objeto de recaudo, de otra parte se debe acreditar un mínimo de cuatro (04) semanas cotizadas de forma ininterrumpida y completa, requisitos que solo cumplen tres (03) incapacidades de las siete (07) causadas con anterioridad al Decreto 2353 de 2015.

Respecto de las diecinueve (19) incapacidades restantes, causadas luego del Decreto 2353 de 2015, revisó el cumplimiento del mínimo de semanas cotizadas y que no se haya generado suspensión por mora en el pago de dos periodos consecutivos de cotizaciones, determinando que procede ordenar al pago de todas las incapacidades estudiadas. Igualmente, declaró la prescripción de dos (02) incapacidades y señaló que la EPS se allanó al pago de cuatro (04) incapacidades, ya que al señalar que fueron o van a ser pagadas reconoce su validez, pero al no acreditar dicho pago ordenó su reconocimiento. Negó el argumento de la EPS de que no procede pagar incapacidades por mora de otros trabajadores ya que no hay prueba de la mora alegada o que los otros afiliados sean trabajadores de la **DEMANDANTE**, así mismo, reiteró que el incumplimiento del plazo de pago señalado en el Decreto 1670 de 2007 no es un argumento válido para negar el pago, porque la mora solo se causa por el no pago de dos (02) periodos consecutivos de aportes, por último, absolvió del pago de dos (02) incapacidades respecto las cuales la **DEMANDANTE** no aportó ni siquiera su certificado de expedición.

III. RECURSO DE APELACIÓN (archivo “1-2017-208945”).

La demandada **COOMEVA E.P.S. S.A.** solicitó revocar el fallo. Señaló que tres (03) incapacidades no fueron radicadas conforme la Resolución 2266 de 1998, de otra parte, señaló la mora del aportante mayor a 30 días respecto catorce (14) incapacidades como causa para no ordenar su pago, conforme los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1670 de 2007, ratificados en el parágrafo 4 del artículo 71 del Decreto 2353 de 2015, de otra parte, alegó que pagó tres (03) incapacidades.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede revocar la condena contra **COOMEVA E.P.S. S.A.** al pago de las incapacidades ordenadas en el fallo de primera instancia, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* condenó a la EPS a pagar \$19.589.632 indexados.

La apoderada de la demandada **COOMEVA E.P.S. S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que tres (03) incapacidades no fueron radicadas conforme la Resolución 2266 de 1998, que hay mora del aportante mayor a 30 días respecto catorce (14) incapacidades y no procede su pago conforme los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1670 de 2007, ratificados en el Parágrafo 4° del artículo 71 del Decreto 2353 de 2015, de otra parte, alegó que pagó tres (03) incapacidades.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación conforme las siguientes consideraciones:

- **Sobre el auxilio de incapacidad por enfermedad general.**

El artículo 227 CST, consagró un auxilio por incapacidad general de hasta 180 días a favor del trabajador y a cargo del empleador, obligación que fue subrogada por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el cual consagró dicho auxilio a favor de los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto del pago, el Decreto 2943 de 2013, estableció que los dos (2) primeros días está a cargo del empleador y del día 3 a 180 a cargo de la EPS, por su parte, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, obliga a la EPS a emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y notificarlo a la administradora de pensiones antes del día 150, a fin de que dicha Administradora asuma el pago del auxilio desde el día 181 y hasta por 360 días adicionales.

Respecto las incapacidades superiores al día 540, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, establece su pago a cargo de la EPS, sin perjuicio del recobro ante la **ADRES**, norma respecto de la cual la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-144 de 2016 que es de aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad material, aspecto que reiteró la Alta Corporación en la sentencia C-200 de 2019.

Por su parte, el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado en virtud del Decreto 1333 de 2018, establece que la incapacidad se prorroga cuando se expiden nuevas incapacidades por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, así tengan un código diferente, siempre y cuando entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.

La obligación del pago de la incapacidad se genera cuando se cumple el periodo mínimo de carencia establecido en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, que exige para el reconocimiento que el afiliado cotizante hubiera efectuado aportes por mínimo 4 semanas.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la **DEMANDADA**, en su recurso de apelación, no controvierte la condena al pago de las incapacidades expedidas a ALEXANDRA NAVARRO CALDERÓN del 12 de mayo de 2015 al 10 de junio de 2015 y del 10 de mayo de 2017 al 08 de junio de 2017, motivo por el cual se confirmará

dicha condena, sin perjuicio de que la Sala corrija la condena en el sentido de señalar que la incapacidad expedida del 10 de mayo de 2017 termina el 08 de junio de 2017 y no el 08 de mayo de 2017.

En cuanto a la inconformidad del apelante relativa a declarar el pago de tres (03) incapacidades, advierte la Sala que si bien **COOMEVA E.P.S. S.A.** allegó las correspondientes notas créditos indicando que dichas prestaciones se cancelarían a través de cheque, lo cierto es que no aportó ningún elemento de prueba que acredite, de manera contundente y más allá de cualquier duda, la realización del pago a favor de la **DEMANDADA**, motivo por el cual no hay ningún soporte probatorio de que ya se cumplió con lo señalado en las notas crédito, en consecuencia, no se accede a declarar el pago.

De otra parte, alega la **E.P.S. DEMANDADA** que tres (03) incapacidades no se radicaron en su aplicativo, por lo cual no se cumple lo señalado en la Resolución 2266 de 1998 relativa a la transcripción de incapacidades.

Revisado el expediente, se acredita que las incapacidades expedidas a favor de ALEIDA ANA MARRUGO HENRÍQUEZ del 18 de enero de 2016 al 22 de enero de 2016 y de ARMANDO AGAMEZ ROJAS del 28 de enero de 2015 al 30 de enero de 2015 no tienen certificado de incapacidad de **COOMEVA E.P.S. S.A.**, por cuanto se limitan a la expedición efectuada por personal médico de quien no se conoce si está adscrito a la **E.P.S. DEMANDADA**, sin que exista prueba de que la **DEMANDANTE** haya efectuado la transcripción de dichas incapacidades, motivo por el cual la Sala accede a la solicitud del apelante y se revoca la condena al reconocimiento de las mismas (pág. 16 y 34 archivo “1-2017-208989”).

En cuanto la incapacidad expedida a favor de ROBERTO NAVARRO BARBOZA del 31 de julio de 2015 al 14 de agosto de 2015, advierte esta Corporación que la **DEMANDANTE** allegó el certificado de dicha incapacidad expedido por la propia **COOMEVA E.P.S. S.A.**,

motivo por el cual no existe mérito para que la EPS solicite la transcripción de una incapacidad cuyo formato fue expedido por la propia entidad y no por un profesional de la salud no adscrito a la EPS, por lo cual se rechaza la inconformidad del apelante.

Procede la Sala a resolver el último punto de inconformidad de la **EPS DEMANDADA**, a saber, que sobre catorce (14) incapacidades existió mora mayor a 30 días en el pago de aportes a salud, motivo por el cual no procede el reconocimiento de la prestación económica, conforme los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1670 de 2007 y el parágrafo 4 del artículo 71 del Decreto 2353 de 2015.

No queda duda que **COOMEVA E.P.S. S.A.** alega la mora del empleador en el pago de los aportes a salud como la causa por la cual la EPS no pagó las prestaciones económicas, por tanto, es necesario analizar el concepto de *mora* para determinar si le asiste razón.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, crea el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y señaló como afiliados obligatorios de éste a las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, siendo responsabilidad del empleador afiliar a sus trabajadores a la EPS, descontar las cotizaciones a cargo del trabajador y pagar **cumplidamente** los aportes, los cuales se calculan sobre la misma base usada para el sistema de pensiones, conforme el numeral 2° del artículo 161 y el Parágrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

El medio de pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral es la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), conforme el Decreto 3667 de 2004 y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1406 de 1999, compilados en el Decreto 780 de 2016. En el caso específico del aporte a salud, el artículo 9 del Decreto 1406 de 1990, adicionado por el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999 y compilado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, indica que el SGSSS cubre el riesgo mediante el pago anticipado de los aportes, por tanto, se toma

como base para el cálculo del aporte el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.

En cuanto la oportunidad para efectuar el pago, en un primer instante las normas diferenciaron entre grandes aportantes, pequeños aportantes y trabajadores independientes, para fijar el día máximo de vencimiento de pago, tal y como estableció el Decreto 326 de 1996 y Decreto 1406 de 1999; posteriormente, con el Decreto 1670 de 2007 se diferenció entre aportantes de 200 o más cotizantes, aportantes con menos de 2000 cotizantes, pequeños aportantes e independientes; finalmente, el Decreto 1990 de 2016 derogó la diferenciación entre aportantes, tras lo cual el artículo 3.2.2.1 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1 del Decreto 923 de 2017, estableció un día hábil para efectuar el pago conforme los dos últimos dígitos del documento de identificación del aportante.

Las anteriores normas no dejan duda de que exista un día hábil para realizar el pago del aporte a salud, no obstante, si el pago no se realiza en dicha fecha no se genera automáticamente la mora en el pago de aportes y subsecuente suspensión de la afiliación por parte de la EPS, circunstancia que tiene una regulación autónoma, tal y como pasa a exponerse.

El artículo 57 del Decreto 1406 de 1999, señaló que la afiliación a la EPS se suspende luego de un mes de no pago de la cotización a cargo del empleador, advirtiendo que si la suspensión se genera por causa del empleador, éste asume los costos de los servicios en salud que requiera el empleado y sus beneficiarios.

Posteriormente, el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 indicó que si el empleador está en mora y se genera una incapacidad, éste debe pagar su monto sin que haya lugar al reconocimiento de valores por el SGSSS o la EPS. Por su parte, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, condicionó el derecho de reembolso del empleador a que aquel haya

cancelado las cotizaciones del año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores, siempre y cuando el pago de los aportes de 14 meses de los 6 meses anteriores a la causación del derecho haya sido oportuno, así mismo, el empleador no debe tener deuda pendiente con la EPS por reembolsos a favor de dicha entidad, ni incurrir en mora, durante el periodo de la licencia, en el pago de las cotizaciones de cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

El artículo 43 de la Ley 789 de 2002, señala que estando vigente la relación laboral no procede la desafiliación del trabajador y sus beneficiarios, si el empleador efectuó la retención al trabajador sin realizar el giro a la EPS de dichos recursos, por tanto, los servicios deben seguir siendo prestados por la EPS al trabajador, sin perjuicio del cobro al empleador de la cotización en mora y demás sanciones. A su vez, el artículo 8 de la Ley 828 de 2003 reitera que, si la causa de la suspensión es imputable al empleador, este debe sufragar la atención en salud del afiliado cotizantes y sus beneficiarios, así como la incapacidad.

Finalmente, el régimen de suspensión de la afiliación lo modificó el Decreto 2353 de 2015, el cual señaló que procede por mora del cotizante dependiente, indicando su artículo 71 que la mora se causa por el **no pago por dos periodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador** y que durante el periodo de suspensión por mora no hay lugar al reconocimiento de prestaciones económicas por parte del SGSSS o EPS, las cuales estarán a cargo del empleador. El artículo 2.1.9.1 del Decreto 780 de 2016 compiló las precitadas normas.

Efectuado el recuento normativo de la suspensión de la afiliación del afiliado cotizante por mora en el pago de aportes imputable al empleador, no queda duda que las catorce (14) incapacidades, respecto las cuales **COOMEVA E.P.S. S.A.** alega mora, fueron todas expedidas en vigencia del Decreto 2353 de 2015, toda vez que la incapacidad más antigua inicio el 07 de diciembre de 2015, fecha para la cual ya había sido expedido el precitado Decreto, el cual conforme su artículo 89

empezó a regir desde su publicación, la que se realizó en el diario oficial 49.715 del 03 de diciembre de 2015.

En consecuencia, para la época en que se expidieron las catorce (14) incapacidades que reprocha la **EPS DEMANDADA** como en mora, el régimen de suspensión de la afiliación procedía de manera personal respecto de cada afiliado cotizante, por cuanto la mora que genera la suspensión se causa por el no pago de 2 periodos consecutivos de cotizaciones del trabajador dependiente, sin que el Decreto 2353 de 2015 o la compilación de las normas del SGSSS realizada en el Decreto 780 de 2016 condicione el reembolso a que el empleador no este en mora respecto de todos sus trabajadores, por cuanto se reitera la suspensión es una figura individual que afecta de manera particular a cada cotizante dependiente individualmente considerado, lo que explica porque las disposiciones del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, **norma que fue expresamente derogada por el artículo 89 del Decreto 2535 de 2015.**

Así las cosas, no procede la mora alegada por **COOMEVA E.P.S.**, porque la totalidad de la presunta mora que dicha EPS acusa contra la **DEMANDADA** es por trabajadores diferentes a los beneficiarios directos de la incapacidad, tal y como se observa en el anexo 1 del recurso de apelación (fl. 168Vto). Decidir de otra manera implicaría que esta Corporación acepte que el empleador sea privado del derecho al reembolso del pago del auxilio de incapacidad, disfrutado por un trabajador, con ocasión de una mora generada respecto de un tercero ajeno a la incapacidad reclamada, con base en una norma derogada, lo cual resulta a todas luces improcedente, por lo cual se rechaza la suplica del apelante.

Resueltos todos los puntos de inconformidad del recurso, advierte la Sala que solo procede revocar la condena al reembolso de las incapacidades expedidas a ALEIDA ANA MARRUGO HENRÍQUEZ del 18 de enero de 2016 al 22 de enero de 2016 por \$98.880 y de ARMANDO AGAMEZ ROJAS del 28 de enero de 2015 al 30 de enero de

2015 por \$84.449, por tanto, se disminuirá la condena en \$183.329, quedando la condena en \$19.406.303.

A su vez, se corregida la condena impuesta por la incapacidad de ALEXANDRA NAVARRO CALDERÓN, en el sentido de indicar que la misma fue del 10 de mayo de 2017 hasta el 08 de junio de 2017 y no hasta el 08 de mayo de 2017, conforme el artículo 286 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CTPSS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido **ESTABLECER** la condena a cargo de **COOMEVA E.P.S. S.A.** y a favor de **UNIÓN TEMPORAL OBTC COLOMBIA** en la suma de DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$19.406.303), con las actualizaciones monetarias correspondientes, cifra que deberá ser pagada dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto al fallo de primera instancia, en el sentido de **CORREGIR** que la condena al reembolso de la incapacidad a favor de ALEXANDRA NAVARRO CALDERÓN en el sentido de indicar que la misma fue del 10 de mayo de 2017 hasta el 08 de junio de 2017 y no hasta el 08 de mayo de 2017, conforme el artículo 286 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social en virtud del artículo 145 CPTSS.

TERCERO: CONFIRMAR los demás acápite del fallo de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 03-2019-00696-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 1° de septiembre de 2021 del Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 1° de septiembre de 2018 al 30 de agosto de 2019 con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (01:15:41 archivo “18.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “007EscritoDeSubsanacion”).**

BELISMAR BALEN PINZÓN solicitó declarar que hubo un contrato de trabajo con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, que goza de fuero de estabilidad laboral reforzada por salud; en consecuencia, condenar al pago de la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reintegro, salarios, prestaciones, indemnizaciones, aportes y costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que hubo un contrato de trabajo a término fijo con TEMPORALES BELTRÁN LTDA. del 1° de enero de 2015 al 30 de agosto de 2015 y del 23 de enero de 2016 al

30 de agosto de 2018, como promotor de servicio al cliente en el supermercado MERCADOGAR S.A.S., sin embargo, la temporal unilateralmente lo obligó a suscribir contrato con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, contrato que rigió del 1º de septiembre de 2018 al 30 de agosto de 2019 y en el cual ejerció el mismo cargo en el mismo supermercado. Aseguró que cumplió su contrato de trabajo en jornada completa, bajo subordinación de la EST y **MERCADOGAR S.A.S.** y recibió como salario del último año \$828.116, con recargos, horas extras y auxilio de transporte. Aseguró que **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.** terminó su contrato de trabajo alegando la terminación de la obra, hecho falso porque la función de surtir el supermercado, descargar en bodega y vigilar nunca han terminado en el supermercado. Informó que el 25 de noviembre de 2016 sufrió accidente de trabajo en las instalaciones del supermercado, cuando alcanzó un detergente, el cual vertió en su ojo izquierdo, sufriendo lecciones y quemadura de la córnea, efectuándose informe con la ARL, con manejo médico e incapacidad, tras lo cual efectuó tratamiento oftalmológico, sin mejoría y con reducción de la agudeza visual, tras lo cual hubo una leve mejoría y fue dado de alta el 26 de octubre de 2017, con recomendaciones y condiciones de trabajo, tras lo cual el 27 de febrero de 2018 pidió autorización para injerto de conjuntiva y el 06 de junio de 2018 la ARL profirió calificación de pérdida de capacidad laboral por su accidente de trabajo, asistiendo a citas médicas durante todo el contrato de trabajo con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, por lo cual solicitó permisos con frecuencia, por lo que la empresa tenía pleno conocimiento de sus afectaciones de salud, además tenía un área de salud ocupacional que llevó la trazabilidad de la salud de los empleados, pero de todos modos le terminó el contrato de trabajo sin autorización del MINISTERIO DE TRABAJO, ni le entregó exámenes médicos de egreso.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a que **MERCADOGAR S.A.S.** contrato los servicios de **AXIOMA GESTIÓN**

LABORAL S.A.S. para suministro de personal, desempeñándose el **DEMANDANTE** como promotor de servicio en dicho supermercado, con un último salario de \$828.116 y el contrato de trabajo finalizó por la terminación de la obra o labor contratada. Indicó que la relación laboral con el **DEMANDANTE** inició el 1° de septiembre de 2018 y finalizó el 30 de agosto de 2019, que practicó examen médico de ingreso con resultado apto sin restricciones y el trabajador nunca presentó incapacitaciones durante la relación laboral, por tanto, todos los presuntos hechos relacionados con el supuesto accidente de trabajo finalizan el 19 de septiembre de 2017, esto es, con anterioridad al inicio del contrato de trabajo, siendo una afirmación temeraria sin sustento probatorio la supuesta prohibición de la empresa para ir a citas médicas. Aseguró que el contrato de trabajo finalizó por terminación de la obra o labor y que la PCL calificada es de 11,10%, siendo insuficiente para generar el fuero de estabilidad laboral reforzada. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe (archivo “010ContestacionDeDemanda”).

MERCADOGAR S.A.S. se opuso a las pretensiones. Indicó que no fue empleador del **DEMANDANTE**, porque este fue un trabajador en misión que le asignó TEMPORALES BELTRÁN S.A.S., actuando como promotor de servicio al cliente, siendo posteriormente asignado como trabajador en misión por **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, siendo su último salario de \$828.116, última relación que finalizó por la terminación de la obra o labor contratada, ya que la duración del contrato esta sujeta al plazo señalado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990. Señaló que no hay pruebas de que el **DEMANDANTE** haya sido incapacitado continuamente y si bien se le calificó una PCL del 11%, dicho porcentaje no es suficiente para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y además todas las contingencias derivadas de dicha situación son cubiertas por el Sistema de Riesgos Laborales y nunca se emitieron recomendaciones o restricciones que lo relegaran de realizar las funciones y labores para las cuales fue contratado. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe (Pág. 1 a 12 archivo “16.1Anexos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:15:41 archivo “18.1Audiencia”).

El 1° de septiembre de 2021, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante BELISMAR BELLEN PINZÓN y la demandada AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S. existió un contrato de trabajo por la obra o labor contratada que inició el 1° de septiembre de 2018 y finalizó el 30 de agosto de 2019, por terminación de la obra o labor contratada, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S. y MERCADOGAR S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte DEMANDANTE, como dije en la parte considerativa. TERCERO: sin cosas ni agencias en derecho en esta instancia. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandante, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 CPTSS.. (…)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar los hechos no aceptados para establecer la viabilidad de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que la demanda se planteó de manera errónea, porque se limitó a solicitar declarar un contrato de trabajo con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.** pero en los hechos relata la existencia de contratos de trabajo con otra empresa que no fue demandada ni convocada a juicio, por tanto, declaró el contrato de trabajo por el periodo que aceptó y se demostró en la demanda por parte de **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.** Negó el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, porque la calificación de PCL es inferior al 15%, además el empleador acreditó que finalizó el contrato por una razón objetiva como la terminación de la obra o labor contratada, circunstancia ajena al estado de salud del trabajador,

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Señaló que el *a quo* hizo una inadecuada valoración

probatoria, porque se limitó a considerar la PCL que dictaminó la ARL, por lo cual solicitó analizar el resto de las pruebas documentales aportadas (01:16:49 archivo “18.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguno de los apoderados de las partes presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y a las subsecuentes pretensiones, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **BELISMAR BALEN PINZÓN** y la demandada **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.** existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada del 1º de septiembre de 2018 al 30 de agosto de 2019, empresa de servicios temporales que lo envió como trabajador en misión a **MERCADOGAR S.A.S.**, supermercado en donde el **DEMANDANTE** ejerció como promotor de servicio, tal y como se acredita con las pruebas documentales allegadas al expediente y que no fue objeto del recurso de apelación (Pág. 12 a 13 archivo “005Demanda”; Pág. 2 a 6 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 1° de septiembre de 2018 al 30 de agosto de 2019 con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que el *a quo* no hizo una valoración correcta ya que solo analizó la calificación de PCL de la ARL, por ello pide revisar todas las pruebas documentales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación efectuada sin considerar tal prohibición, conforme la interpretación obligatoria de dicha norma que adoptó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de esta protección laboral es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente, se consideró que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud se activa cuando se acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, conforme el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, exigir un grado de limitación de al menos el 15% es válido cuando se refiere a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como ha indicado la H. CSJ

en las sentencias SL2841 de 2020, SL5427 de 2021, SL582 de 2022, SL822 de 2022, entre otras.

Hoy en día, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002, el artículo 1 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Conforme la actual definición de discapacidad, en la sentencia SL260 de 2019 la H CSJ señaló que el fuero se activa cuando el trabajador acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o cuando ante la falta de calificación, logra acreditar que su estado de salud le impide o limita su capacidad de trabajo, posición reiterada en las sentencias SL572 de 2021, SL1404 de 2021 y SL4228 de 2021, SL822 de 2022, entre otras, en las cuales la Alta Corte afirmó que en virtud del principio de libertad probatoria, cuando no hay calificación y se desconoce el grado concreto de limitación, se puede inferir la situación de discapacidad de hechos como una incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación que acredite una notoria, evidente y perceptible afectación, grave y severa, de la salud del trabajador, la cual limita la realización de su trabajo.

La anterior posición concuerda con la de la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia C-824 de 2011 indicó que la estabilidad laboral reforzada se extiende a las personas en estado de debilidad manifiesta causada por un estado de salud que les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente de si han sido calificadas. Así mismo, en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, se reafirmó que este fuero cubre no solo a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, sino también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o

dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, porque ambos grupos poblacionales tienen el derecho a conservar su empleo y beneficiarse de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo cuando ocurre una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo.

Es importante precisar que tanto la H. CSJ como la H. Corte Constitucional exigen que además de acreditar la situación de discapacidad, el empleador debe conocer dicho estado o al menos acreditar factores que permitan inferir razonablemente que era notorio tal conocimiento, tal y como se indicó en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras. Así mismo, la sentencia SL5181 de 2019 la H. CSJ indicó que no se requiere un carnet de EPS o un dictamen de capacidad laboral para demostrar tal conocimiento del empleador, ya que el carácter finalista del fuero conlleva a que si se demuestra que el empleador conoció, por cualquier medio, de una seria y grave afectación de salud del trabajador, entonces está obligado a ejercer cuidadosamente su potestad de terminar el contrato de trabajo, apoyándose previamente en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su empleado, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando a las Entidades respectivas el análisis del caso.

En cuando la carga de la prueba de este fuero, la H. CSJ señaló en la sentencia SL1360 de 2018 que la finalidad de esta protección es evitar la discriminación del trabajador por su estado de salud, por tanto, si la finalización del contrato obedece a razones objetivas no relacionadas con la salud, entonces no opera el amparo y subsecuentemente no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo, sin embargo, si el trabajador logra demostrar en juicio que sí estaba discapacitado, se presume que la finalización de su contrato fue discriminatoria y el empleador deberá demostrar que tal acción obedeció a circunstancias objetivas y, de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias

SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda ni discusión de que el **DEMANDANTE** celebró contrato de trabajo por obra o labor determinada con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, empresa de servicios temporales que lo envió como trabajador en misión a **MERCADOGAR S.A.S.**, supermercado en donde el **DEMANDANTE** ejerció como promotor de servicio (Pág. 12 a 13 archivo “005Demanda”; Pág. 2 a 6 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

Alega el apoderado del **DEMANDANTE** que el *a quo* no realizó la correcta valoración probatoria porque se limitó a analizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado por la ARL, dejando de lado las demás pruebas documentales.

Sea lo primero indicar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada requiere precisar el concepto de *discapacidad*, la cual conforme la H. CSJ corresponde a una PCL de mínimo el 15% en aquellos eventos configurados en vigencia del Decreto 2463 de 2001, el cual fue derogado por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013. Para los casos posteriores, la *discapacidad* refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002, el artículo 1 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

En el caso bajo estudio, el apoderado del **DEMANDANTE** indicó en los hechos de la demanda que su poderdante sufrió accidente de trabajo el 25 de noviembre de 2016, circunstancia que se acredita con el correspondiente informe de accidente de trabajo del empleador o contratante de COLMENA SEGUROS, evento por el cual dicha ARL

calificó al trabajador una pérdida de capacidad laboral del 11,10% (Pág. 14 a 16, 51 a 52 archivo “005Demanda”; Pág. 2 archivo “007EscritoDeSubsanacion”).

Conforme los elementos de prueba citados, no queda duda de que el accidente de trabajo que sufrió el **DEMANDANTE** el 25 de noviembre de 2016, esto es, antes de la suscripción del contrato de trabajo con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, le generó una PCL del 11,10%, sin embargo, tal circunstancia por si sola no activa el fuero de estabilidad laboral reforzada, porque quien reclama dicho derecho debe acreditar que su estado de salud le impide o dificulta sustancialmente el ejercicio de su labor.

Revisados los documentos aportados con la demanda, advierte la Sala que los mismos describen el tratamiento de salud del **DEMANDANTE** para atender las secuelas de su accidente de trabajo y procurar su salud visual, las cuales acreditan que el trabajador asistió a control médico los días 13, 15, 17, 21 y 28 de febrero de 2017, 07, 14, 22 y 30 de marzo de 2017, 06, 12 y 25 de abril de 2017, 30 de mayo de 2017, 01 y 14 de junio de 2017, 18 de julio de 2017, 1º, 08, 22 y 29 de agosto de 2017 y el 19 de septiembre de 2017 (Pág. 18 a 50 archivo “005Demanda”).

Las mismas piezas documentales acreditan que el **DEMANDANTE** fue incapacitado del 1 de junio de 2017 al 08 de junio de 2017 y del 04 de junio de 2017 al 13 de julio de 2017, del 22 de agosto de 2017 al 31 de agosto de 2017 y del 21 de septiembre de 2017 al 20 de octubre de 2017, llamando la atención de esta Sala la advertencia expresa efectuada en las incapacidades y en las historias clínicas de que el trabajador no debe laborar expuesto al sol ni contaminante, químicos o en ambientes abiertos y que no puede laborar en su condición actual porque no cumplir las incapacidades conlleva el deterioro de su superficie ocular, así como la manifestación del **DEMANDANTE** de la empresa donde trabaja no le acepta la

incapacidad y que por eso pide que no le emitan las mismas (Pág. 32, 49 y 50 archivo “005Demanda”).

Así las cosas, la Sala concluye, razonablemente, que para el año 2017 el **DEMANDANTE** sufrió afectaciones de salud derivadas de su accidente de trabajo que limitaron, de manera significativa, el desarrollo de sus labores, así mismo, se acredita la renuencia del trabajador a recibir incapacidades y la advertencia expresa del personal médico de que debía tomar las mismas y seguir las recomendaciones, circunstancia que en palabras del paciente obedecía a que *la empresa donde trabajaba no le aceptaba las incapacidades*.

Dichas circunstancias podrían haber permitido la activación del fuero de estabilidad laboral reforzada en 2017, pero no en 2018 en contra de **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.**, sociedad con la cual el **DEMANDANTE** inició una relación laboral en septiembre de 2018, esto es, casi un año después de los hechos descriptos en la última historia médica y del vencimiento de la última incapacidad.

Así las cosas, el apoderado del **DEMANDANTE** no allegó ninguna prueba, más allá de la notificación del resultado del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral realizado por COLMENAR SEGUROS el 06 de junio de 2018, de que en vigencia de la relación laboral con **AXIOMA GESTIÓN LABORAL S.A.S.** su estado de salud le impidiera o dificultará sustancialmente su labor, condiciones que no se pueden acreditar con la simple notificación de la PCL, porque dicho documento no describe las condiciones de labor, salud y de puesto de trabajo del **DEMANDANTE**, aspectos que no se preocupó por demostrar el apoderado de la parte actora.

Por la precitada falencia probatoria, no existe mérito alguno para declarar el fuero de estabilidad laboral reforzada del **DEMANDANTE** en vigencia de su último contrato de trabajo (1° de septiembre de 2018 al 30 de agosto de 2019), motivo por el cual no queda opción distinta que confirmar el fallo apelado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 03-2019-00770-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 21 de julio de 2021 del Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996, declaró probada la excepción de ausencia de afiliación al régimen pensional y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (01:03:35 archivo “25.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivos “005Demanda” y “007EscritoDeSubsanacion”).

ALAIN MARK CORTESI BRUNNER solicitó declarar que hubo un contrato de trabajo del 1° de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996 con el GRUPO FARMA DE COLOMBIA S.A., quien no afilió su trabajador a pensión, en consecuencia, condenar a pago de las cotizaciones causadas durante la relación laboral mediante reserva actuarial a la AFP PROTECCIÓN S.A., condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró como gerente general de **FARMA DE COLOMBIA S.A.S.** del GRUPO FARMA DE COLOMBIA S.A., durante el periodo reclamado, sirvió que prestó en Bogotá D.C., sin que su empleador pagara aportes a pensión. Aseguró que reclamó el pago de sus aportes y la **DEMANDADA** reconoció los extremos temporales de la relación, pero en pensiones señaló que solicitó a AFP PROTECCIÓN S.A. el cálculo actuarial solo del 1° de abril de 1994 al 22 de febrero de 1996. El cual ya pagó a dicha Administradora, sin que exista el deber de pago por el periodo del 1° de octubre de 1983 al 31 de marzo de 1994 ya que para dicho periodo el ISS autorizó la excepción de pago de cotizaciones obligatorias conforme el numeral 4 del artículo 3 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 de 1966, argumentó que también esgrimió en la tutela 11001400304520170128001, la cual se negó por subsidiariedad. Aseguró que los certificados de ingresos de 1987 y 1991 indican el monto de su salario mensual.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo
"012ContestacionDeDemanda").**

FARMA DE COLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la existencia del vínculo laboral, que negó la solicitud de pago de aportes, que el extrabajador interpuso acción de tutela y la misma se negó. Indicó que la **DEMANDADA** tuvo dos razones sociales: FARMA DE COLOMBIA S.A. y FARMA DE COLOMBIA S.A. E.M.A. y que nunca se llamó GRUPO FARMA DE COLOMBIA S.A.; afirmó que es subsidiaria de la casa matriz domiciliada en el exterior, llamada GRUPO HOLDAC S.A. hoy CANDORIA HOLDING A.G., quien tiene varias subsidiarias y filiales en Latino América. Señaló que el **DEMANDANTE** tiene nacionalidad venezolana y que de julio de 1979 a octubre de 1983 laboró en la filial ubicada en dicho país, posteriormente, la casa matriz lo asignó a la subsidiaria de Colombia, asignación que siempre fue temporal y por ello el contrato de trabajo que empezó a regir a partir del 1° de octubre de 1983 estableció el deber del patrono de pagar el

regreso del trabajador y su familia, siendo claro que durante la vigencia del mismo el **DEMANDANTE** podía ser asignado a cualquier otro país, en cualquier tiempo, en donde la casa matriz tuviera presencia.

Informó que durante la vinculación laboral, el trabajador estuvo afiliado y protegido por una póliza que cubría los riesgos de invalidez, vejez y muerte, motivo por el cual el empleador no estaba obligado a la afiliación del **DEMANDANTE** al ISS conforme el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 3041 de 1966, al punto que el empleador solicitó al extinto ISS validar el caso del demandante y el 19 de mayo de 1984 el Instituto indicó que el trabajador si estaba cobijado por la exclusión del seguro legal de IVM, la cual fue confirmada por el artículo 56 del Decreto 3063 de 1989 y el literal g) del artículo 2 del Decreto 758 de 1990. Interpuso las excepciones de ausencia de obligación de afiliación al régimen pensional por exclusión legal, aplicación del principio de legalidad de la validación del ISS sobre el caso particular del demandante, no es legal trasladar al empleador una carga de la cual fue expresamente relevado por el ISS por exclusión legal del seguro obligatorio de IVM, inexigibilidad de la obligación, actuación conforme a derecho y buena fe, prescripción, pago y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:03:35 archivo “25.1Audiencia”).

El 21 de julio de 2021, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante ALAIN MARK CORTESSI BRUNNER y demandada FARMA DE COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 1º de octubre de 1983 y finalizó el 22 de febrero de 1996, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN** de ausencia de obligación de afiliación al régimen pensional por existir una exclusión legal, propuesta por la parte demandada FARMA DE COLOMBIA S.A., todo conforme la parte motiva. **ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR** a al demandante ALAIN MARK CORTESSI BRUNNER al*

*pago de las costas y agencias en derecho, las que se tasan en la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS (\$900.000). **ARTÍCULO CUARTO:** en caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que conozca del mismo en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 CPTSS. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico verificar los hechos de la demanda para establecer la viabilidad de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que se acreditó que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996 y que la **DEMANDADA** pagó cálculo actuarial por los aportes a pensión causados desde el 1° de abril de 1994. Aseguró que el **DEMANDANTE** es extranjero, laboró en Venezuela desde 1979 a favor de la filial de la casa matriz extranjera; que fue trasladado a Colombia para ejercer como gerente de la filial radicada en nuestro país, por tanto, era un trabajador extranjero que dependía de una entidad extranjera y podía ser trasladado en cualquier momento, conforme el artículo 3° del Decreto 3041 de 1966, solicitando la **DEMANDADA** al extinto ISS verificar si el trabajador estaba excluido, Instituto que concluyó que si lo estaba, siendo tal disposición reiterada en los Decretos que aprobaron los posteriores Acuerdos del ISS, a su vez, se acreditó que el extrabajador está amparado en sus riesgos de IVM mediante póliza de seguro, por ende, absolvió de las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que el artículo 53 constitucional señala que la duda es a favor del trabajador, así mismo, la aplicación e integración de las fuentes formales de derecho y la primacía de la realidad impiden usar el principio de confianza legítima para negar las pretensiones, porque la **DEMANDADA** esperó 4 meses desde el inicio de la relación laboral para solicitar al ISS la excepción de afiliación, indicando que el contrato era de 1 año, lo que permite inferir que la solicitud se basa

en el primer supuesto del numeral 4 del artículo 3 del Decreto 3041 de 1966.

De otra parte, la exclusión del trabajador extranjero requiere protección de un régimen de seguros que cubra los mismos riesgos, pero la póliza de seguros solo protege fallecimiento o invalidez, pero no vejez, además la póliza no es de la **DEMANDADA** porque el titular es el **DEMANDANTE** y se contrató antes del inicio del contrato en Colombia, además solo tiene cobertura en los países de América señalados en la misma, que no incluye ni a Colombia ni Venezuela, a su vez, la cláusula 8 del contrato de trabajo indica que es facultativo del trabajador acoger la póliza de seguros de vida grupo de la empresa, sin que se allegará la referida póliza porque solo se aportó la póliza del **DEMANDANTE**.

Alegó que la exclusión implica la superioridad de la empresa para trasladar al empleador, pero la cláusula tercera del contrato establece que era el trabajador quien podía solicitar dicho traslado, además, la empresa paso la solicitud acompañada del contrato y del certificado de existencia de la empresa, sin aportar la póliza de seguro, por lo cual se sustentó en supuestos de hecho que no corresponde a los de la relación e impidió al ISS verificar la póliza. Advierte que la irretroactividad de la Ley implica que los requisitos de cumplimiento de las causales de exclusión adoptadas en los Decretos 3063 de 1989 y 758 de 1990 debía cumplirse por la **DEMANDADA** en cada oportunidad, omitiendo realizar las solicitudes correspondientes (01:05:09 archivo "25.1Audiencia").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a lo solicitado, porque la empresa no cumplió los requisitos para la exclusión de aportes ya que el trabajador no estaba subordinado a ser trasladado a cualquier país, ni hay seguro de amparo de los riesgos de IVM. Por su parte, la apoderada de la

DEMANDADA solicitó confirmar el fallo, porque la empresa acreditó los requisitos para la exclusión del trabajador extranjero del Seguro Social, conforme declaró el fallo apelado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho al pago del cálculo actuarial por el periodo en el cual fue excluido del Seguro Social como trabajador extranjero, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **ALAIN MARK CORTESI BRUNNER** es ciudadano extranjero, nacido en la Republica Bolivariana de Venezuela el 06 de octubre de 1953 (pág. 3 archivo “007EscritoDeSubsanacion”, Pág. 6 archivo “016ContestacionDeDemanda”); **ii)** entre el **DEMANDANTE** y la demandada **FARMA DE COLOMBIA S.A.S.** hubo un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996 (Pág. 1 a 5 archivo “014ContestacionDeDemanda”; Pág. 2 y 5 archivo “016ContestacionDeDemanda”); **iii)** la **DEMANDADA** pagó calculo actuarial a favor del **DEMANDANTE** por el periodo del 1° de abril de 1994 al 22 de febrero de 1996, pago recibido por la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 32 a 38 archivo “016ContestacionDeDemanda”, archivo “024Prueba”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996, declaró probada la excepción de ausencia de

afiliación al régimen pensional y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que la duda a favor del trabajador, la aplicación e integración de las fuentes formales de derecho y la primacía de la realidad impiden usar la confianza legítima para negar las pretensiones; que la **DEMANDADA** espero 4 meses desde el inicio de la relación laboral para solicitar la excepción de afiliación, alegando que el contrato era de 1 año y por ello se infiere que usó el primer supuesto del numeral 4° del artículo 3° del Decreto 3041 de 1996, el cual no se cumple; que la exclusión requiere cobertura de los mismos riesgos, pero la póliza que se aportó no cubre vejez, no es de la **DEMANDADA** sino del **DEMANDANTE**, se contrató antes del inicio de la relación laboral y no tiene cobertura en Colombia, siendo facultativo del trabajador acogerse al seguro de vida grupo de la empresa, cuya póliza no se aportó; no hubo superioridad de la empresa para trasladar al trabajador; la solicitud de exclusión se basó en supuestos que no corresponden con la realidad de la vinculación e impidió al ISS verificar la póliza y la irretroactividad de la Ley imponía presentar una solicitud cada vez que cambió el régimen de exclusión con los Decreto 3063 de 1989 y 758 de 1990.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- **Sobre los casos de exclusión del trabajador extranjero del Seguro Social Obligatorio en pensiones.**

La Ley 90 de 1946 estableció el Seguro Social Obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, norma que en su artículo 1°, indicó que dicho seguro cubre, entre otros, los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el artículo 2°, establece que son asegurados todos los individuos nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje.

Posteriormente, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, adoptó el reglamento general del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, reiterando en su artículo 1° que están sujetos a dicho seguro, por los riesgos de invalidez y muerte de origen no laboral y vejez, los trabajadores nacionales y extranjeros, que en virtud de un contrato de trabajo prestan servicios a patronos, no obstante, el numeral 4° del artículo 3° señala que están excluidos del seguro los extranjeros que venga al país en virtud de contrato de duración fija no mayor a 1 año mientras este vigente el contrato inicial, así como los extranjeros que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos y, en cada caso, la excepción deberá ser solicitada al instituto.

La exclusión de los trabajadores extranjeros, en las mismas condiciones, fue reiterada en el artículo 5° del Decreto 433 de 1971, el artículo 56 del Decreto 3063 de 1989 y el artículo 2° del Decreto 758 de 1990.

En cuanto la interpretación y alcance de la precitada exclusión, la H. CSJ indicó en la sentencia SL2021 de 2020 que la exclusión de trabajadores extranjeros procede en las dos causales descritas, sin que sea necesario acreditar simultáneamente los presupuestos señalados en ambas situaciones, por cuanto basta acreditar solo una de ellas. De otra parte, señaló la Alta Corte que la posibilidad de traslado a diferentes países o filiales, debe ser concreta sin que ello implique su materialización, es decir, solo se debe demostrar que la posibilidad de que el empleador pueda trasladar a su trabajador se mantuvo durante la vigencia del vínculo laboral, así nunca haga uso de dicha facultad. De otra parte, frente al deber de la organización extranjera de proveer algún régimen contra los riesgos de IVM, indicó la H. CSJ que no es necesario que dicha cobertura se materialice en el Estado Colombiano,

por cuanto basta demostrar la existencia del amparo sin considerar el sitio de redención de este; finalmente, en cuanto el pronunciamiento del ICSS luego ISS, concluyó la Alta Corte que es un trámite administrativo que no constituye un requisito esencial de la exclusión de la afiliación obligatoria, que busca garantizar el cumplimiento de los requisitos formales para que aquella proceda, por lo cual, demostrados dichos presupuestos, la omisión de tal trámite no causa el fracaso de la exclusión.

En la sentencia SL3565 de 2020, la H. CSJ concluyó que el Decreto 1650 de 1977 no derogó la exclusión de la afiliación del trabajador extranjero consagrada en los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971, por cuanto la citada norma no se encargó de regular tal excepción, por lo cual no se puede entender ninguna derogatoria expresa ni tácita de los mismos. De otra parte, la Corte aclaró que el Decreto 758 de 1990 no modificó las normas que desde 1966 regulaban la excepción de la obligatoriedad de la afiliación, sino que las mantuvo.

A su vez, las sentencias SL3565 de 2020 y SL3934 de 2021 reiteraron la posición adoptada en la providencia SL2021 de 2021, en cuanto que son tres los requisitos esenciales para configurar la exclusión de afiliación del trabajador extranjero sometido a traslado, a saber: *i)* debe tratarse de un trabajador extranjero, *ii)* la posibilidad de traslado a diferentes países por parte de la organización extranjera, *iii)* la existencia de un régimen que proteja ante los mismos riesgos de IVM; reiterando que la comunicación al ISS es un requisito formal cuya inobservancia, en caso que se cumplan los demás presupuestos, no afecta la exclusión.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, esta fuera de toda controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de octubre de 1983 y el 22 de febrero de 1996 (Pág. 1 a 5 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

En su recurso de apelación, el apoderado del **DEMANDANTE** alega la imposibilidad de acudir al principio de confianza legítima para desestimar sus pretensiones y que existieron inconsistencias en la solicitud de autorización de la exclusión de afiliación del trabajador extranjero ante el ISS, advirtiéndolo al Sala que rechazará dichos argumentos, por cuanto la H. CSJ, en las sentencias SL2021 de 2021, SL3565 de 2020 y SL3934 de 2021, concluyó que la autorización del ISS es un requisito formal cuya inobservancia no afecta la exclusión siempre que se acrediten cumplidos los demás requisitos de procedencia de la misma, por tanto, toda falencia o inconformidad derivada de dicha autorización carece de trascendencia al momento de determinar la viabilidad de la exclusión aquí estudiada.

Así las cosas, los únicos motivos de inconformidad de la parte apelante, que atacan el cumplimiento de los requisitos materiales de la exclusión de afiliación, no son otros que la presunta falta de cobertura de vejez por parte de la póliza que se aportó, que la misma se contrató antes del inicio de la relación laboral por el **DEMANDANTE** y no por la **DEMANDADA**, que carece de cobertura en Colombia, que la empresa no tenía la superioridad (autoridad) para ordenar el traslado del trabajador. Todos los demás motivos de inconformidad se rechazan por versar sobre el requisito de autorización del ISS, el cual se reitera es un presupuesto formal, cuyo incumplimiento en nada afecta la validez de la exclusión de afiliación del trabajador extranjero.

Así las cosas, advierte esta Sala que mediante correo electrónico del 19 de julio de 2022, requirió al Juzgado de Origen aportar copia de la traducción de la póliza de seguro 5.233.548 expedida por Winterthur, que aportó la **DEMANDADA** como prueba del cumplimiento de los requisitos de exclusión del trabajador extranjero (Pág. 9 a 10 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

La precitada traducción señala que el titular de la Póliza 5.233.548 es el **DEMANDANTE**, así mismo, lo señala como beneficiario junto con MARLIS CORTESI, amparando al **DEMANDANTE** frente el

riesgo de supervivencia al 1° de mayo de 2018, riesgo de fallecimiento antes de la precitada fecha, así como lucro cesante causante hasta el 30 de abril de 2018, el cual se entiende como cobertura por incapacidad laboral. Por su parte, cubre a MARLIS CORTESI frente los riesgos de fallecimiento antes del 1° de mayo de 2018 e incapacidad laboral y lucro cesante hasta el 30 de abril de 2016; por último, indico que en caso de incapacidad laboral la cobertura es global, sin embargo, solo proporcionan las prestaciones si los asegurados residen en un país donde la aseguradora tiene cobertura, sin que en los mismos figure la República de Colombia (archivo “06.1Traduccion” carpeta “C02ApelacionSentencia”).

La precitada traducción resulta relevante, por cuanto desvirtúa el alegado del apoderado del **DEMANDANTE** de que dicha póliza no amparó el riesgo de vejez, por cuanto expresamente consigna que si el trabajador extranjero alcanza la supervivencia al 1° de mayo de 2018 se causa a su favor el pago de la suma asegurada.

En cuanto el reproche relativo a que la póliza se contrato con anterioridad a la vigencia de la relación laboral desarrollada en la República de Colombia, advierte la Sala que en efecto dicho seguro se contrato el 25 de mayo de 1983, no obstante, tal circunstancia en nada afecta la eficacia de la cobertura de los riesgos de IVM durante el desarrollo del contrato de trabajo, advirtiendo la Sala que ninguna de las normas que consagró la exclusión de la afiliación del trabajador extranjero al seguro social prohíbe que la cobertura inicié su cobertura con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo que se desarrolla en nuestro país.

En cuanto la falta de cobertura del amparo en la República de Colombia, advierte este Tribunal que la H. CSJ, en las sentencias SL2021 de 2021, SL3565 de 2020 y SL3934 de 2021, estudio casos en los cuales la cobertura del amparo era efectiva por fuera de nuestro país, circunstancia que no disminuyó la eficacia de la exclusión de afiliación del trabajador extranjero, por cuanto la Alta Corte señaló que

basta con acreditar la existencia del amparo sin considerar el sitio de redención de éste, posición que acoge esta Sala y, por tanto, se rechaza la inconformidad elevada por el apelante dirigida a cuestionar dicho aspecto.

Finalmente, en cuanto el último motivo de reproche de la parte apelante, dirigido a considerar que la empresa no tenía facultad para trasladar al trabajador extranjero, advierte la Sala que la cláusula primera del contrato de trabajo establece que el **DEMANDANTE** prestará su servicio en Bogotá D.C., pero se compromete a aceptar cualquier otro empleo u oficio a donde lo promueva la empresa (Pág. 1 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

La precitada disposición debe ser interpretada de manera integral con las demás pruebas practicadas, entre ellas el interrogatorio practicado al **DEMANDANTE**, quien no solo reconoció que la **DEMANDADA** hace parte de un grupo multinacional sino que además señaló que su contrato en Colombia obedeció a una asignación internacional, ya que como extranjero se le indicó que iba a laborar en Colombia, asignándose la gerencia de la **DEMANDADA** bajo el acuerdo de que la tarea sería a término indefinido o por un periodo mínimo de 3 años, lo cual acredita que la matriz internacional tenía la facultad de trasladar al trabajador al exterior en cualquier tiempo (21:43 archivo “19.1Anexo”).

Así las cosas, resueltos todos los puntos de inconformidad de la parte apelante y considerando la falta de mérito para acceder a los mismos, se confirmará el fallo apelado. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2019-00327-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 24 de junio de 2021 del Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró nulo el traslado del RPM al RAIS y subsecuente traslado de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a **SKANDIA S.A.** (32:05 archivo “004. Audiencias Arts 77 y 80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 8 a 32 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”).**

GLORIA PATRICIA GÓMEZ SALAS solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados de AFP, ordenar la devolución del saldo de su CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 09 de enero de 1961, se afilió al ISS el 30 de noviembre de 1978 y cotizó 550,14 semanas, que en octubre de 1996 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, en noviembre de 1999 se afilió a

PORVENIR S.A. y en agosto de 2003 a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL S.A.**, AFP que nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que su AFP le proyectó una mesada pensional de \$1.235.000, mientras que un cálculo actuarial le indicó que en el RPM sería de \$1.440.132. Señaló que el 1° de marzo de 2019 solicitó la nulidad del traslado del RAIS a **COLPENSIONES** y el 04 de marzo de 2019 ante **SKANDIA S.A.**, peticiones que fueron rechazadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y afiliación al ISS de la **DEMANDANTE** y que negó su solicitud de nulidad del traslado. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS porque se efectuó un tercero, en todo caso, la afiliada se trasladó de manera libre y voluntaria conforme la manifestación escrita que plasmó en el formulario de afiliación, así mismo, el error de derecho no es vicio del consentimiento y no se puede alegar el desconocimiento de la Ley a favor, sin que las proyecciones pensionales sean prueba de un vicio del consentimiento, que de existir se saneo por el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, compensación, prescripción y la genérica (Pág. 181 a 201 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”)

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, proyección pensional y que negó la solicitud de nulidad del traslado. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del régimen pensional porque se realizó con otra AFP, sin embargo, advirtió que

durante el traslado de AFP sus asesores no dieron información incompleta o engañosa sino explicaron todos los aspectos de los regímenes pensionales, además tal acto se efectuó conforme la normatividad vigente, sin que sea suficiente para declarar la nulidad del mismo la inconformidad económica del afiliado. Interpuso las excepciones de buena fe, genérica, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción (Pág. 241 a 255 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Indicó que durante el traslado de AFP, brindó información completa sobre las características de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, aspectos que son de público conocimiento por estar consagrados en la Ley 100 de 1993, tras lo cual la **DEMANDANTE** expresó su voluntad libre, informada y por escrito de permanecer en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 395 a 421 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Indicó que brindó información adecuada y pertinente sobre cada régimen pensional y las condiciones para acceder a la pensión de vejez en cada uno, siendo que en el RAIS el valor depende del ahorro, expectativa de vida del pensionado y sus beneficiarios, por lo cual tenía pleno conocimiento del alcance de su decisión de afiliarse a la AFP, no obstante, si se avala el retorno al RPM, manifestó no oponerse siempre y cuando la AFP se absuelva de cualquier tipo de responsabilidad más allá de devolver el saldo de la CAIP. Interpuso las excepciones de buena fe, compensación y pago y la genérica (Pág. 10 a 19 archivo “002. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 2.”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (32:05 archivo “004. Audiencias Arts 77 y 80”).

El 24 de junio de 2021, el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora GLORIA PATRICIA GÓMEZ SALAS, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. QUINTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS fue nulo o ineficaz para resolver la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP no acreditaron el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría, porque se limitaron a allegar el formulario de afiliación, de otra parte, como **COLFONDOS S.A.** aceptó la omisión de la información se configuró un error de objeto conforme el artículo 1511 CC, por lo cual declaró nulo el traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** está afiliada válidamente al RAIS, ratificó dicha

voluntad con sus traslados de AFP, actos en los que aceptó las condiciones de dicho régimen consagradas en la Ley, por tanto, cualquier eventual error fue de derecho y no de objeto y por ello no se vició el consentimiento, de otra parte, no era procedente invertir la carga de la prueba y permitir el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones (47:00 archivo “004. Audiencias Arts 77 y 80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por cuanto las AFP no acreditaron el cumplimiento de su deber de información y asesoría. De otra parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo y declarar que el traslado al RAIS fue válido, así como mantener la absolución de condenas a su favor, por cuanto para la fecha de traslado las normas vigentes no imponían los deberes de buen consejo o doble asesoría. Por su parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Jhon Ferney Patiño Hernández, identificado con CC 1.072.653.246 y TP 319.844 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo por cuanto no se demostró ningún vicio del consentimiento, siendo válido el traslado al RAIS, sin que sea válido que **COLPENSIONES** asuma las consecuencias negativas de la ineficacia de un negocio en el cual no participó, afectando la sostenibilidad financiera al acoger un afiliado que no participó en el financiamiento del RPM, más cuando no hay prueba de la falta de información alegada y hay restricción por edad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.** y posterior traslado de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **GLORIA PATRICIA GÓMEZ SALAS** nació el 09 de enero de 1961 (Pág. 106 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 30 de noviembre de 1978 al 30 de septiembre de 1996 y cotizó 550,14 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1610-20190924104634” carpeta “003. COLPENSIONES - EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO (FOLIO 158-CD)”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 10 de septiembre de 1996, efectivo del 1° de noviembre de 1996 (Pág. 20 archivo “Pág. 10 a 19 archivo “002. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 2.”); **iv)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 16 de noviembre de 1999, efectivo el 1° de enero de 2000 (Pág. 376 y 379 “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”); **v)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 13 de agosto de 2003, AFP donde permanece vinculada y donde acumula 1689 semanas a octubre de 2019 (Pág. 283, 294 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00327 00 CUADERNO 1.”-).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró nulo el traslado del RPM al RAIS y subsecuente traslado de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a **SKANDIA S.A.**

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** esta válidamente afiliada al RAIS, voluntad que ratificó con sus traslados de AFP, actos en los que aceptó las condiciones de dicho régimen, las cuales están consagradas en la Ley, por tanto, el eventual error es de derecho y no de objeto y no vicia el consentimiento, de otra parte, no era procedente invertir la carga de la prueba y permitir el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-,

vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>

	<i>derechos laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos

las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si

bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y subsecuentes traslados de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditan con solo aportar el formulario de afiliación, advirtiendo que **COLFONDOS S.A.** no allegó el formulario de traslado de 1996 e inclusive intentó allanarse a las pretensiones por tal razón, por tanto, es razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, si bien el **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio que sus traslados a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** fueron voluntarios, tal manifestación no constituye confesión si se considera que el interrogado aclaró que tal circunstancia obedeció a que las compañías donde se vinculó laboralmente le indicaron que debía afiliarse a dichos Fondos.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y subsecuentes traslados de AFP, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de **COLPENSIONES** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes

de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se modificará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Finalmente, como quiera que se modificará la sentencia de primera instancia para condenar a todas las **AFP DEMANDADAS** a la devolución de las sumas percibidas con ocasión de la afiliación de la **DEMANDADA**, AFP que dieron origen a la condena al no acreditar el cumplimiento diligente de su deber de información y buen consejo, se modificará el fallo bajo estudio para impartirles condena en costas, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante **GLORIA PATRICIA GÓMEZ SALAS**, identificada con CC 30-274-774, conforme la parte resolutive de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dichas AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a las **AFP DEMANDADAS**, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*.

QUINTO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

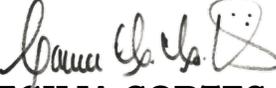
SEXTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA PATRICIA GOMEZ SALAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2019 00327 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2019-00351-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 05 de agosto de 2021 del Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar los valores de la CAIP y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:08:48 archivo “04 Audiencias Arts. 77 y 80 del CPTSS”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 22 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00351 00”).**

LUÍS GUILLERMO LAGOS LAGOS solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS efectuado unilateralmente por su empleador, en consecuencia, ordenar la devolución del saldo de su CAIP, incluyendo el bono pensional indexado y con intereses, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 18 de octubre de 1959, que se afilió al ISS del 24 de mayo de 1984 al 31 de diciembre de 1994 y cotizó 568,86 semanas, afirmó nunca haber suscrito

formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que nunca le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, sin ser informado de la fecha límite para retornar al RPM. Señaló que presentó solicitud de traslado al RPM a **COLPENSIONES**, quien la negó por la restricción por edad, así mismo, solicitó a la AFP su desafiliación y traslado de aportes al RPM, petición que nunca fue contestada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del **DEMANDANTE**, su afiliación al ISS y que negó la solicitud de afiliación al RPM. Interpuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de **COLPENSIONES**, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional del artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 1º de 2005, compensación, prescripción, y la innominada o genérica (Pág. 68 a 84 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00351 00”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Pág. 128 a 160 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:08:48 archivo “04 Audiencias Arts. 77 y 80 del CPTSS”).

El 05 de agosto de 2021, el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado de régimen de prima media al régimen de ahorra individual realizado por el señor

*LUIS GUILLERMO LAGOS LAGOS a través de la ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, COLPENSIONES al recibir los aportes del DEMANDANTE, procediendo a actualizar su historia laboral. **TERCERO: COSTAS** únicamente a cargo de PORVENIR S.A., incluyendo agencias en derecho, la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes. **CUARTO:** En caso de que este fallo no fuera apelado CONSÚLTASE con el superior a favor de COLPENSIONES. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue nula o ineficaz el traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR S.A.**, para establecer la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, sin que en el caso bajo estudio las **DEMANDADAS** acrediten el cumplimiento diligente del deber de información, por lo cual declaró ineficaz el traslado de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no hay error en el objeto sino error de derecho, por cuanto las características de los regímenes pensionales están consagradas en la Ley 100 de 1993, la cual puede ser consultada en cualquier momento, siendo el traslado al RAIS libre y voluntario como indicó el afiliado en su interrogatorio, además no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y permitir dicho retorno afecta la sostenibilidad financiera del sistema porque no es rentable financiar la prestación pensional de quien nunca estuvo vinculado al sistema, afectando a los verdaderos afiliados que si cotizaron a pensión en el RPM (01:09:55 archivo “04 Audiencias Arts. 77 y 80 del CPTSS”).

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Señaló que la información que brindó la asesora fue completa y clara, además

las características de los regímenes pensionales están descritas en la Ley 100 de 1993, que es de conocimiento público, además si el afiliado estaba inconforme desde 1998 no presentó ninguna queja, reclamo o solicitud de traslado al RPM, siendo ratificado cualquier eventual error con los años de permanencia en el RAIS, además no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, sin que el intereses del afiliado prevalezca sobre el interés general, sin que sea causa suficiente para permitir el traslado de régimen que el resultado del plan de pensión no sea conforme a los deseos del afiliado, además, si bien no se allegó el formulario de afiliación, el **DEMANDANTE** permitió que sus aportes fueran consignados al RAIS y no retornó al RPM, lo que acredita su deseo de permanecer al RAIS (01:14:22 archivo “04 Audiencias Arts. 77 y 80 del CPTSS”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, porque las **DEMANDADAS** no acreditaron el cumplimiento del deber de información y asesoría. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Jhon Ferney Patiño Hernández, identificado con CC 1.072.653.246 y TP 319.844 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque permitir el retorno al RPM afecta la estabilidad financiera, permitiendo la prevalencia del interés del afiliado sobre el interés general de quienes si hacen parte del RPM y efectuaron los respectivos aportes, además, era el **DEMANDANTE** quien debía acreditar la falta de información. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se acreditó el vicio del consentimiento, además, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica en caso de dolo que afecte la libre selección de régimen pensional, lo cual no ocurrió, sin que sea válido acudir a otras normas diferentes a la propia del SGP para resolver la nulidad o ineficacia de traslado, la cual no se configura porque siempre se garantizó al afiliado el derecho de retracto

y quien siempre permitió sus descuentos al RAIS, además no procede imponer obligaciones diferentes a la vigentes a la AFP, so pena de afectar el debido proceso y la confianza legítima.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **LUÍS GUILLERMO LAGOS LAGOS** nació el 18 de octubre de 1959 (Pág. 45 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00351 00”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 24 de mayo de 1984 al 30 de septiembre de 1996 (Pág. 85 a 89 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00351 00”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 1° de octubre de 1996 (Pág. 90 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00351 00”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar los valores de la CAIP y condenó en costas a **PORVENIR S.A.**

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no hubo error de objeto sino error de derecho, porque las características de los regímenes pensionales pueden ser consultada en cualquier momento en la Ley, además el traslado al RAIS fue libre y voluntario como indicó el afiliado en su interrogatorio, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción por edad y afecta la sostenibilidad financiera, afectando a quienes si cotizaron en pensión en el RPM.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Señaló que la información que brindó la asesora fue completa y clara, las características de los regímenes pensionales están en la Ley y es de conocimiento público y el afiliado ratificó cualquier eventual error con sus años de permanencia en el RAIS, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción de edad y no puede prevalecer el interés particular del afiliado sobre el interés general, sin que sea causa suficiente para permitir el traslado que el resultado del plan de pensión no sea conforme con los deseos del afiliado y pese no allegarse el formulario de afiliación, el **DEMANDANTE** permitió que sus aportes fueran consignados al RAIS y nunca retornó al RPM.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b)

del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del afiliado, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General

de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se

destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acreditó ya que ni siquiera aportó el formulario de afiliación, por tanto, es razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio que permita inferir que fue plenamente asesorado sobre los regímenes de pensiones y las consecuencias de su traslado, por cuanto se limitó a indicar que suscribió un formulario de traslado de fondo de cesantías a **PORVENIR S.A.** y que si bien se enteró en 1998 que estaba afiliado en pensiones en dicha AFP, confió en que el asesor comercial le señaló que iba a tener una mesada más alta o podría retirar el dinero. A su vez, la AFP no demostró haber brindado asesoría plena sobre los regímenes pensionales, las consecuencias de permanecer en el RAIS ni la posibilidad de retornar al RPM antes de configurarse la restricción de traslado por edad.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y declarará ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de

exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que aquel siempre estuvo afiliada al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que el **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria permaneció en el RAIS, ya que acciones como el traslado entre AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solas no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se aclarará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes,

lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz el traslado del RPM al RAIS que efectuó el demandante **LUIS GUILLERMO LAGOS LAGOS**, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: ADICIONAR el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS GUILLERMO LAGOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2019 00351 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 06 2017 00779 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 21 de julio de 2021 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JUAN GUILLERMO RODRIGUEZ JOYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **FARMATODO COLOMBIA S.A.** Solicita que se declare que para el momento de la terminación del contrato se encontraba en un estado de debilidad manifiesta por una disminución progresiva de la salud. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del retiro hasta que se materialice el reintegro, aportes al sistema de seguridad social en

salud y pensión, caja de compensación, indemnización de 180 días prevista en la Ley 361 de 1997, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 8 de febrero de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que desempeñaba el cargo de farmacéutico; que el 20 de septiembre de 2014, sufrió un accidente que le provocó una lesión en la rodilla izquierda, dentro de un evento deportivo que organizó la demandada; que el 21 de septiembre de 2014, el dolor y la inflamación persistió por lo que fue atendido en la Cruz Roja, donde le dieron una incapacidad por tres días; que se presentó ante la ARL SURA para ser atendido, pero allí le negaron la atención porque la demandada no reportó el accidente; que el ortopedista le ordenó una resonancia magnética que tuvo como resultado una lesión parcial de la rodilla derecha y en la rodilla izquierda un esguince o lesión parcial de ligamento cruzado; que en escrito presentado a la demandada el 3 de marzo de 2017, relató a la empresa los hechos ocurridos en 2014, pero la demandada nunca se pronunció sobre su escrito; que mediante comunicación del 27 de julio de 2017, la demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin tener en cuenta que para ese momento tenía una disminución progresiva en sus condiciones de salud; que en el examen médico de retiro que se practicó el 1° de agosto de 2017, le recomendaron acudir al Ortopedista, que como beneficiario en salud de su compañera permanente logró practicarse la cirugía que necesitaba; que presentó acción de tutela que tramitó el Juzgado 8° Municipal de Pequeñas Causas Laborales, quien resolvió de manera favorable sus pretensiones y ordenó el reintegro; que para el cumplimiento de tal decisión la demandada le hizo firmar un acta provisional de reintegro; que el último salario devengado corresponde a la suma de \$2.175.310.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FARMATODO COLOMBIA S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, que ésta estuvo regida por un contrato a término indefinido y finalizó por decisión unilateral de la sociedad; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de limitación física por parte del demandante que pueda dar lugar al reconocimiento y pago de la indemnización de 180 días o al reintegro conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no existencia de discapacidad en el demandante, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y compensación (fls. 158 a 175).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de julio de 2021, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO: ABSOLVER** a la accionada FARMATODO COLOMBIA S.A. de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. **SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte actora vencida en el proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo. Para resolverlo indicó que el demandante no era beneficiario de las garantías previstas en la Ley 361 de 1997 a la terminación del contrato. Para llegar a esta conclusión consideró que, las pruebas del expediente no acreditan que el actor tuviera un grado de discapacidad severo o profundo que permita establecer que tenía una afectación en salud que le generara incapacidad para trabajar y lo hiciera acreedor de la

garantía que reclama, por ello y al no encontrar prueba suficiente de las condiciones necesarios para acceder al beneficio que reclama, negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el demandante reportó su condición especial de salud al jefe de zona, a quien debía comunicarle ese tipo de situaciones, pero la sociedad demandada nunca realizó seguimiento o se ocupó de atender su situación. Señaló que el examen de egreso practicado al actor demuestra que éste fue remitido a Ortopedia para que se hiciera seguimiento a su caso, que además está acreditado que se le programó una cirugía como parte del tratamiento para tratar su problema y que en la historia clínica reposa el registro de la afectación en la salud que padece el actor.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se revóquela decisión de primera instancia, y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la parte demandada solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, pues el demandante no es beneficiario de la garantía que reclama.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si el demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación del contrato ocurrida el 27 de julio de 2017.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 8 de febrero de 2012 y el 27 de julio de 2017, fecha en que se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte demandada (fl. 14 y Cd. 2, Pdf. 8); **ii)** que el demandante siempre desempeñó el cargo de farmacéuta (Cd. 2, Pdf. 8); **iii)** que mediante sentencia de tutela proferida el por el Juzgado Octavo de Pequeñas Causas el 23 de agosto de 2017, se ordenó el reintegro del demandante al cargo que ocupaba (Cd. 2, Pdf. 9); **iv)** que mediante sentencia del 13 de octubre de 2017, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, revocó el amparo concedido (Cd. 2, Pdf. 10).

- **Estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por

afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que en vigencia del precitado decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

El actual concepto de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide

o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que

motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar, conforme los antecedentes normativos expuestos, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, corresponde a la demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, esto es, que sufría de una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limitó o impidió su capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de

condiciones con las demás, que conforme lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó sustancialmente su capacidad de trabajo.

Para el efecto, se allegó al expediente copia de la historia clínica del actor (fls. 47 a 54), copia de la relación de incapacidades concedidas al actor en el año 2014 (fl. 41), copia del examen de egreso practicado al demandante donde se remite a la especialidad de Ortopedia (fl. 32) y remisión de cirugía de reconstrucción de ligamento cruzado anterior expedida el 8 de agosto de 2017 (fl. 33). De dichos documentos se deduce de la consulta médica a la cual asistió el actor el 23 de septiembre de 2014 (fl. 47) que JUAN GUILLERMO RODRIGUEZ JOYA, sufrió un accidente mientras asistía a un evento deportivo organizado por la demandada, el cual le generó una lesión en la rodilla izquierda que el médico tratante denominó esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales, que nuevamente consultó al médico por esta afectación en dos oportunidades más, una el 11 de noviembre de 2014 y otra el 29 de enero de 2015 (fls. 52 y 53); que entre el 21 de septiembre de 2014 y el 5 de noviembre de 2014, le fueron concedidos 42 días de incapacidad (fl. 41).

De lo anterior concluye la Sala, que durante el curso de la relación laboral el demandante tuvo una afectación en su salud, relacionada con el accidente sufrido en septiembre de 2014, que le generó una lesión en la rodilla izquierda y que a causa de dicha afección recibió tratamiento médico. Precisa la Sala al efecto, que en el expediente no obra prueba adicional que acredite que durante la vigencia del contrato se le hubieren expedido recomendaciones médicas o alguna solicitud de reubicación, ni tampoco está probado que el demandante tuviera otro padecimiento o patología diagnosticada al momento de la terminación del contrato o con anterioridad, pues ni siquiera obra copia completa de la historia

clínica, ni concepto médico alguno del cual se deduzca si tenía padecimientos adicionales que le impidieran cumplir con sus labores de manera normal.

En este orden de ideas, no es posible establecer ni siquiera que el actor hubiere tenido alguna condición de salud especial al momento en que se terminó el contrato de trabajo, y menos aún la existencia de una afectación que imposibilitara o limitara sustancialmente el desarrollo de sus funciones con normalidad.

Resulta oportuno precisar, que no cualquier afectación en la salud causa la aplicación del fuero de estabilidad ni conlleva a concluir que una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta. No es posible, a juicio del Tribunal, definir que el demandante se encontraba en el estado de debilidad que aduce el apoderado en el recurso, de la sola manifestación que obra en el examen médico de egreso (fl. 32), o de la orden médica para practicarse una cirugía, que entre otras cosas, fue expedida con posterioridad a la terminación del contrato (fl. 33), pues como se dijo, la existencia o aplicación del fuero que aquí se estudia, solo podría definirse si se demuestra una afectación de salud que impida o limite la capacidad de trabajo, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio.

No resulta útil al efecto, lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte absuelto (CD. 3, audio 1, min. 11:28), pues sus afirmaciones no inciden ni sirven para cambiar lo hasta aquí concluido.

Así las cosas, es claro para la Sala que el demandante no probó la situación que a él le correspondía para trasladar la carga de la prueba a la empresa demandada respecto de que la terminación del contrato no obedeció a un trato discriminatorio generado por la condición de salud del trabajador, en esos términos el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó

las pretensiones, precisando al efecto, que si bien la terminación del contrato de JUAN GUILLERMO RODRIGUEZ JOYA se dio sin justa causa, esta forma de terminación del contrato está definida como una facultad legal del empleador, previo pago de la indemnización correspondiente, y como se dijo, no está acreditado que el demandante sufriera afectaciones en su salud que impidieran el cumplimiento de sus funciones, para entender que se trataba de una decisión discriminatoria.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 06 2020 00059 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2021, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CONSUELO AYALA GUZMAN, presentó demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión convencional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, junto con el pago de las diferencias causadas, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó servicios a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, desempeñando sus funciones en la filial TELETOLIMA S.A. E.S.P.; que mediante Resolución N° 0696 del 28 de abril de 2004, reliquidada mediante Resolución N° 0504 del 4 de marzo de 2005, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, le reconoció una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.773.230, a partir del 1° de enero de 2004; que en dichos actos administrativos la entidad no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como, prima anual, gradual, de navidad, semestral, de vacaciones, de antigüedad, o quinquenio, de saturación, de retiro, bonificación recargo de diciembre, auxilio de almuerzo, salario vacaciones, vacaciones, bonificación 1 y 3 y bonificación convención 8; que el 27 de julio de 2017, solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe (fls. 44 a 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de noviembre de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. **SEGUNDO:** COSTAS a cargo de la parte demandante, vencida en el proceso. Se fija la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios. Para resolverlo indicó que la fuente de reconocimiento de la prestación fue la Convención Colectiva de Trabajo que aplicaba a los trabajadores de TELECOM y ésta no fue aportada al expediente, lo que hace imposible establecer si la pensión fue liquidada en debida forma o no y por ello negó las pretensiones de la demanda.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada UGPP solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida a la demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión reconocida en su momento por CAPRECOM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 0696 del 28 de abril de 2004, CAPRECOM reconoció una pensión de jubilación convencional al demandante a partir del 1° de enero de 2004, en cuantía inicial de \$1.608.502 (fls. 25 a 29); **ii)** que mediante Resolución N° 0504 del 4 de marzo de 2005, CAPRECOM reliquidó la pensión del actor en cuantía de \$1.665.661 (fls. 30 a 33); **iii)** que mediante Resolución N° 1477 del 26 de julio de 2010, CAPRECOM reliquidó la prestación de la demandante a la suma de \$1.677.704 (Cd. 2 expediente administrativo); **iv)** que el 27 de julio de 2017, solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión convencional y dicha entidad mediante Resolución RDP 041728 del 3 de noviembre de 2017, la entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 13 a 20 y Cd. 2 expediente administrativo).

- Sobre la reliquidación de la pensión convencional.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el artículo 467 del CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las

condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

Al efecto, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018 y SL4792 de 2019, entre otras.

Por otra parte, esa misma Corporación ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPT y de la SS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio se advierte que la demandante solicita la reliquidación de la pensión convencional, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, no obstante, dentro del escrito de demanda no se menciona la norma convencional o legal que contiene la forma de liquidación que refiere como aplicable a su situación pensional.

Ahora bien, al revisar en detalle y en conjunto el contenido de las Resoluciones N° 0696 del 28 de abril de 2004, N° 0504 del 4 de marzo de 2005 (fls. 25 a 33), N° 1477 del 26 de julio de 2010 (Cd. 2 expediente administrativo), mediante las cuales se dispuso el reconocimiento y reliquidación de la pensión convencional de la actora, y de la Resolución RDP 041728 del 3 de noviembre de 2017 (Cd. Expediente administrativo), se advierte que a la demandante le fue reconocida una pensión de carácter convencional por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, sin embargo, ninguno de los actos administrativos referidos define o menciona de manera clara cual convención colectiva se aplicó al reconocimiento de la prestación, pues al efecto solo se menciona que fue la convención colectiva de TELECOM, pero no se establece cuál era la vigente al momento del reconocimiento de la prestación o por lo menos cual se aplicaba al efecto.

Dado que las resoluciones expedidas por CAPRECOM que definieron el derecho pensional de la actora, no establecen de manera específica cuál era la convención aplicable a la situación particular de la demandante, resulta imposible para la Sala determinar la fuente del derecho reclamado, y en esa medida, respecto de que norma debe verificarse si la prestación se liquidó en debida forma. Como además la demandante ni siquiera refiere en el escrito de demanda que la prestación tuviera el carácter de convencional, ni aportó al expediente convención colectiva alguna celebrada por TELECOM, ni refirió si quiera bajo que parámetros normativos pretendía que se revisara la prestación, la demandante no cumplió con la carga mínima que le impone el artículo 167 del CGP, y por ello no es posible entrar a estudiar si la liquidación efectuada es correcta o no.

Además de lo anterior, si bien la Resolución RDP 041728 del 3 de noviembre de 2017 (Cd. Expediente administrativo) transcribe una parte del contenido del artículo 27 de la convención que refiere

dicho acto administrativo, dicha transcripción no se encuentra completa y de esta forma tampoco resulta posible verificar las condiciones específicas que definía la norma convencional frente al reconocimiento y liquidación de las pensiones de jubilación.

Por las anteriores razones se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

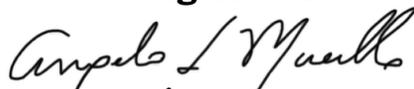
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07 2019 00578 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante, y se ordenó a la AFP demandada la devolución del saldo de la CAIP de la actora (01:13:35 *archivo 14 audienciaArt80CPL*)

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “01cuaderno físico”).**

GLORIA AMPARO LONDOÑO RODRÍGUEZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, condenar a la devolución del saldo de la CAIP y reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 18 de agosto de 1980, que se trasladó del RPM al RAIS el 30 de agosto de 1999, a través

de la AFP PROVENIR S.A. que dicho actor se limitó a la firma y diligenciamiento del formulario, sin que se le entregara información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las implicaciones, beneficios y consecuencias de trasladarse.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación de la demandante, la solicitud de anulación del traslado y la negativa de la misma, sobre los demás manifestó que no le constan, en su defensa formuló las excepciones denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Fls. 231 a 249)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó los relacionados con la solicitud de traslado de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan, en su defensa propuso como excepciones las denominadas prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pdf. 4).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:13:35 *archivo*
14 *audienciaArt80CPL*)**

El 5 de abril de 2022, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora GLORIA AMPARO LONDOÑO RODRÍGUEZ con la AFP PORVENIR S.A el 30 de agosto de 1999 contenida en el formulario No.01232353. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR que igualmente debe devolver todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la señora demandante mientras que estuvo vinculada a PORVENIR desde 1999, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir como su afiliada sin solución de continuidad dentro Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1980. **QUINTO: SE DECLARAN** no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. **SEXTO: COSTAS** a cargo de PROVENIR, las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en DOS (2) SMLMV a la fecha del pago, no hay lugar a la condena del pago en costas contra COLPENSIONES. **SÉPTIMO:** se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación, se dispone la remisión del expediente para ante el Superior”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si procede la declaratoria de ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A por el incumplimiento del deber de información. Para resolver indicó que de acuerdo a la jurisprudencia señalada por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1452 y SL 1688, a la fecha en que la demandante se trasladó a PORVENIR S.A a ésta le asistía el deber legal de información, así mismo recalcó que de

acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la demandante y las pruebas aportadas al proceso no obra ningún medio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que PORVENIR S.A. le hubiere suministrado información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada a la demandante respecto las consecuencias de trasladarse del RPM al RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** solicita se revoque la decisión en su totalidad y en su lugar absuelva a su prohijada por cuanto el traslado de régimen de la demandante fue conforme a lo ordenado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, manifiesta que no se evidencia coacción alguna por parte de PROVENIR S.A. al momento de suscribir el traslado, que el traslado de régimen pensional fue hecho de manera espontánea y voluntaria; así mismo se duele la recurrente que la afiliada durante el tiempo que permaneció en el RAIS guardó silencio y que ello comporta una aceptación y ratificación tácita de mantenerse en el RAIS saneando así cualquier vicio de nulidad. (01:15:18 *archivo 14 audienciaArt80CPL*)

Por su parte **PORVENIR S.A.** solicitó se revoque la sentencia de primer grado en su totalidad, atendiendo a que si bien existe un precedente jurisprudencial de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, también lo es que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria, sin presión o coacción alguna por parte de PORVENIR S.A, asevera que su prohijada cumplió con el deber que le asistía a la fecha en que la demandante se trasladó, esto es en el año 1999, así mismo se duele de que no hay lugar a condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración, pues éstos forman parte de la labor de administración que realizó la entidad sobre los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de **PORVENIR S.A** solicitó que se revoque la sentencia de primer grado y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Así mismo, la apoderada de **COLPENSIONES** en su escrito de alegaciones, ratificó en lo manifestado en el recurso de apelación.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante GLORIA AMPARO LONDOÑO RODRÍGUEZ nació el 6 de agosto de 1957 (Fl. 80); **ii)** la demandante estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 18 de agosto de 1980 y el hasta el 30 de septiembre de 1999, por un total de 937.29 semanas (Fl. 46); **iii)** que la demandante se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 30 de

agosto de 1999 (Fl. 51); **iv**) que el 20 de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Fl. 76).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b*) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*”

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>

		<i>y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora GLORIA AMPARO LONDOÑO RODRIGUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 30 de agosto de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora

en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 11:48), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en ZENU, que acudieron unos asesores de PORVENIR a ofrecerles el traslado de régimen pensional, les dijeron que el ISS se iba acabar y era posible que perdieran la totalidad de los aportes y por ello accedió a suscribir el formulario.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019,

SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con

ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías

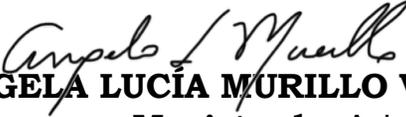
judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

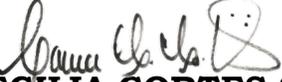
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA AMPARO LONDOÑO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00578 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08 2019 00507 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada, sobre la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de un retroactivo pensional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SILVIO ALBETO DIAZ HOYOS, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del retroactivo pensional causado entre el 2 de mayo de 2017 y el 30 de julio de 2017, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó servicios a la empresa AVANTE SISTENATIZADO S.A.S., empleador que realizó cotizaciones al sistema de pensiones hasta el 30 de abril de 2017; que

el 1° de mayo de 2017 cumplió 62 años de edad; que en esa misma fecha solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de vejez; que la demandada mediante Resolución SUB 135460 del 25 de julio de 2017, le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2017; que solicitó el retroactivo pensional causado desde el 2 de mayo de 2017 y la entidad lo negó bajo el argumento que el empleador no reportó la novedad de retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y los actos administrativos emitidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 63 a 66).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de agosto de 2021, condenó a la demandada al pago de un retroactivo pensional. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor SILVIO ALBERTO DIAZ HOYOS es beneficiario de la pensión de vejez a partir del 2 de mayo de 2017. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor SILVIO ALBERTO DIAZ HOYOS el retroactivo pensional a partir del 2 de mayo de 2017 y hasta el 30 de julio de 2017, por el valor de \$4.298.739, suma que deberá ser cancelada de forma indexada al momento del pago. **TERCERO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, de conformidad con las motivaciones expuestas en la parte motiva. **CUARTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su

contra. **QUINTO:** *CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la demandada, liquídense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago del retroactivo pensional reclamado. Para resolverlo indicó que los documentos aportados al expediente indican que el actor realizó su última cotización al sistema el 30 de abril de 2017 y por ello el reconocimiento de la pensión procedía desde esta fecha.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia que concedió el retroactivo pensional reclamado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a los intereses de la demandada se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida a la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado debidamente indexado.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución SUB 135460 del 25 de julio de 2017, la demandada reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de agosto de 2017, en cuantía inicial de \$1.432.913 (fls. 26 a 29); **ii)** que mediante Resoluciones SUB 61441 del 2 de marzo de 2018, 203018 del 30 de julio de 2018 y 228821 del 29 de agosto de 2018, la demandada negó el retroactivo pensional reclamado por el actor (fls. 9 a 25).

- **Disfrute de la pensión.**

Para resolver la controversia conviene precisar, que no siempre el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios o cotizaciones habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues para ello el ordenamiento jurídico exige el retiro del afiliado del Sistema de pensiones y solo cuando esa diligencia se realiza se puede entender la renuncia del afiliado al derecho que le otorgan las normas para incrementar el valor de la mesada pensional mediante la realización de cotizaciones adicionales a las que exige la ley como mínimas (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

En efecto según el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterado mediante sentencia SL 3245-2019, indica que el disfrute de la pensión no solo opera desde el momento en que se produce la desafiliación expresa del sistema, sino que éste también se entiende cuando el afiliado deja de efectuar cotizaciones por haber cumplido los requisitos para la pensión y presenta la solicitud correspondiente, pues en este caso se entiende una renuncia al incremento de la mesada por cotizaciones adicionales. Recuerda la Sala que el derecho pensional se causa por los aportes que un afiliado realiza durante su vida laboral y para efectos de la fecha a

partir de la cual procede su pago no importa que se haya registrado formalmente en la historia laboral la novedad de retiro. Las mesadas a cargo del Sistema de pensiones constituyen un derecho del afiliado causado por sus propios aportes y no un beneficio que otorgue el Sistema con cargo a sus recursos.

Así las cosas, se advierte que SILVIO ALBERTO DIAZ HOYOS solicitó el reconocimiento de su pensión el día 2 de mayo de 2017 (fl. 26), fecha para la cual tenía cumplidos los requisitos de edad y tiempo que exige la norma aplicable a su situación pensional, además de la historia laboral aportada al expediente por COLPENSIONES, se observa que realizó su última cotización al sistema el 30 de abril de 2017 (Cd. 1 expediente administrativo) y que fue reportada la novedad de retiro del sistema de pensiones por su último empleador.

De lo anterior concluye el Tribunal que el demandante tenía derecho al pago de la pensión de vejez a partir del 2 de mayo de 2017, fecha en que cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional y había dejado de realizar cotizaciones al sistema de pensiones. Para ese momento contaba con 1.764 semanas de cotización (Cd. 1 expediente administrativo) y tenía 62 años de edad, pues nació el 1° de mayo de 1955 (Cd. 1 expediente administrativo), es decir, acreditaba los requisitos definidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Pasa ahora la Sala a revisar las operaciones aritméticas realizadas por el juez de primera instancia para definir el valor del retroactivo pensional causado entre el 2 de mayo de 2017 y el 30 de julio de 2017, fecha en que la entidad pagó la primera mesada pensional (fl. 27 vto.).

Año	N° de Mesadas por Año	Valor Mesada	Total Retroactivo
2017	28 días de mayo + 2 mesadas	\$ 1.432.913	\$4.250.975

Como el valor del retroactivo aquí definido es levemente inferior al que tasó la juez de primera instancia, se modificará en lo pertinente su decisión, para dictar la condena como corresponde, en virtud del grado jurisdiccional de consulta del que conoce esta Sala en favor de la entidad demandada. Precisa la Sala, sobre este aspecto que el retroactivo se ordenará debidamente indexado, como lo dispuso el *a quo* en su sentencia y por ser procedente la corrección monetaria en cuanto no se dictó condena por concepto de intereses moratorios.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas y dado que la juez de primera instancia no se pronunció sobre este aspecto, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor del retroactivo causado a favor del actor corresponde a la suma de \$4.250.975, la cual debe pagarse debidamente indexada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08 2019 00817 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones formuladas por la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JENCY DURYERKY DUARTE MANRIQUE presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Pide que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente **MARCELINO DELGADILLO PINZÓN** a partir del 10 de enero de 2011, el pago del retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido, señaló que el causante **MARCELINO DELGADILLO PINZÓN** falleció el 10 de enero de 2011

y tenía la condición de pensionado por una prestación reconocida por el Instituto de Seguros Sociales. Señaló que convivió con el causante compartiendo, techo, lecho y mesa desde el 22 de septiembre de 2005 y hasta el momento de su fallecimiento; que solicitó el reconocimiento la pensión a la demandada, quien mediante Resolución GNR 213966 del 26 de agosto de 2013, negó el reconocimiento de la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante, la fecha de fallecimiento y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 32 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de julio de 2021, negó las pretensiones formuladas por la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada inexistencia de la obligación y del derecho, y se releva el despacho del estudio de las demás, conforme a las resultas del proceso. **TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante liquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526. **CUARTO:** En caso de no

ser apelada, enviar el presente asunto al honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante. Para resolverlo indicó que la norma aplicable al caso bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación establecida por la Ley 797 de 2003, señaló que las pruebas del expediente, no acreditan que la demandante hubiere convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento y por ello no hay lugar a reconocer la prestación.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se ordene el reconocimiento de la pensión reclamada. Para sustentar el recurso aduce que la prueba testimonial recaudada, permite concluir con claridad que la demandante convivió con el causante de manera ininterrumpida desde septiembre de 2005 y hasta la fecha de su fallecimiento. Agrega, que las pruebas documentales reafirman el dicho de los testigos, pues son claras en definir que la demandante fue quien se hizo cargo de las exequias del causante, quien tenía autorización para manejar sus dineros y quien lo acompañó, le brindó apoyo, protección, cuidado y amor. Dice que no puede estigmatizarse la relación que tuvo la pareja por la clara diferencia de edad que existía entre ellos, pues lo cierto es que los testigos y la prueba documental acreditan de manera clara que la demandante convivió como pareja con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Agotado el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia

y en su lugar se ordene el reconocimiento de la prestación, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, en calidad de compañera permanente del causante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el causante nació el 19 de septiembre de 1922 (fl. 24); **ii)** que la demandante nació el 7 de marzo de 1983; **iii)** que el causante falleció el 10 de enero de 2011 (fl. 22); **iv)** que mediante Resolución N° 04618 del 28 de junio de 1983, el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al causante a partir del 7 de enero de 1983, en cuantía inicial de \$9.261 (Cd. 1 expediente administrativo); **v)** que mediante Resoluciones N° 30231 del 18 de septiembre de 2012 y GNR 213966 del 26 de agosto de 2013, la demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante (fls.10 a 13 y Cd. 1 expediente administrativo).

- De la Pensión de Sobrevivientes

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o

supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 10 de enero de 2011, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Ahora bien, sobre el concepto de convivencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, la define como la

comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante. Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que JENCY DURYERKY DUARTE MANRIQUE no acreditó de manera indiscutible y clara, haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento.

Al efecto, la testigo MAIRA ALEJANDRA JIEMENEZ ESTUPIÑAN (Cd. 2, audio 1 min. 32:20), manifestó conocer a la demandante desde el año 2000 y haber sido vecina de la pareja, en cuanto llegaron a vivir al balneario Monterey que era propiedad del causante y estaba ubicado en una vereda cerca de la ciudad de Villavicencio. Señaló que la demandante y el causante eran pareja y le consta porque ellos vivían en una de las dos pequeñas casas que tenía el balneario, que inicialmente ella y su mamá iban solo los fines de semana para atender el establecimiento y con posterioridad se mudaron a una de las casas del lugar, que sabe que la demandante y el causante iniciaron a vivir en el año 2005, porque la demandante perdió un semestre y ahí se organizó con MARCELINO DELGADILLO, dijo que él siempre la presentaba como su compañera, que en el año 2010, ella se fue de la casa pero sabe que ellos continuaron conviviendo porque su mamá, quien vivía con ella en el lugar le comentaba y porque en ocasiones cuando iba de visita los veía juntos. Refirió que más o menos 3 o 4 meses antes de que el causante falleciera, éste se fue a vivir a la casa de su hija Patricia, para que lo cuidara, que sabe que la demandante se fue con él, pero no le consta directamente porque nunca fue a la casa de la hija del causante.

La testigo OLGA CECILIA SABOGAL MOLANO (Cd. 2, audio 2), manifestó ser amiga de la demandante y conocerla hace aproximadamente 19 años, porque estudiaron juntas en la Universidad, refirió que aproximadamente desde el año 2002,

cuando iniciaron la Universidad, conoció al causante porque se reunía con la demandante en el balneario propiedad del causante y allí hacían trabajos, que cuando conoció a la demandante ella vivía con la mamá y con posterioridad ella se fue a vivir con MARCELINO DELGADILLO, dijo que en una oportunidad la demandante aplazó un semestre por razones económicas y ahí se separaron de curso, que desde entonces de vez en cuando se encontraba a la actora con el causante en el centro, que ellos siempre vivieron como pareja, que nunca se separaron hasta el fallecimiento de MARCELINO y que aun cuando solo fue al balneario donde vivían juntos en unas 6 ocasiones, entre el 2005 y 2011, lapso en el que vivieron juntos, le consta que ello era así porque la demandante le comentaba que se entendían mucho y estaban muy bien como pareja, que pese a la gran diferencia de edad, vivían tranquilos.

Como pruebas documentales, se aportó copia de la certificación expedida por la Nueva EPS, donde consta que la demandante se encontraba afiliada como beneficiaria del causante en el sistema de salud desde el 8 de octubre de 2019, en calidad de compañera permanente (Cd. 1 expediente administrativo), factura de venta de servicios exequiales del causante a nombre de la demandante (Cd. 1), partida de defunción del causante, expedida por la Parroquia Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, donde se registra a la demandante como compañera del causante (Cd. 1), autorización del 7 de octubre de 2010, suscrita por el causante donde menciona que la demandante es su esposa y la autoriza para que maneje la cuenta de ahorros que tiene en el Banco BBVA (fl. 17).

También se encuentran las declaraciones extra proceso rendidas por PABLO ANTONIO FORERO BUITRAGO y ROSMIRA LOPEZ en el año 2011, donde manifiestan que conocían al causante desde el año 2005 y saben que convivió con la demandante desde

ese año hasta el 2011, cuando éste falleció (Cd. 1). Así mismo, obra una declaración rendida por el causante el 25 de septiembre de 2009, donde manifiesta que convivía con la demandante desde hace 4 años (Cd. 1).

De las pruebas hasta aquí referidas y al realizar una valoración integral de las mismas, no puede concluir la Sala de manera clara y sin lugar a duda que JENCY DURYERKY DUARTE MANRIQUE y el causante hubieren convivido como compañeros desde el año 2005 hasta el año 2011, como se afirma en la demanda.

Si bien las testigos referidas enuncian en sus declaraciones que la demandante y el causante convivían desde el año 2005 y que dicha convivencia se extendió hasta el año 2011, cuando falleció el causante, lo cierto es que sus declaraciones no ofrecen total credibilidad a la Sala, en cuanto, a juicio de esta Corporación, no son espontáneas, resultan contradictorias en algunas de sus afirmaciones y lo dicho no es suficiente para concluir en la existencia inequívoca de una convivencia.

Nótese, que la primera de las deponentes MAIRA ALEJANDRA JIEMENEZ ESTUPIÑAN, refirió que conocía a la demandante desde el año 2000, porque había llegado con su mamá al balneario propiedad del causante, y que sabía que iniciaron a convivir desde el 2005 porque la demandante había perdido un semestre y por ello había iniciado la convivencia con MARCELINO, tal declaración no resulta suficientemente clara, a juicio de este Tribunal, pues dijo que inicialmente su madre y ella solo iban al balneario los fines de semana, sin precisar en que momento iniciaron a vivir en una de las casas que refiere tenía el balneario, luego no se establece desde que fecha podría constarle de manera directa la existencia de la convivencia. Aunado a ella, refirió que vivió en ese lugar hasta el año 2010, luego no le consta de manera directa que la convivencia

se hubiere extendido hasta el momento del fallecimiento, pues bien claro señaló que los últimos meses de vida, el causante vivió con su hija Patricia pero no le constaba de manera directa que la demandante se hubiera ido con él porque nunca los visitó.

En el mismo sentido, a juicio de la Sala tampoco resulta suficiente lo manifestado por la testigo OLGA CECILIA SABOGAL MOLANO, pues ésta nunca indicó de manera clara en su declaración, que la demandante y el causante convivieran desde el año 2005, pues solo refirió que por ser compañera de universidad de la demandante, en ocasiones se reunían en el balneario, sin precisar fechas, y al responder a la pregunta realizada por la apoderada de la demandante, quien indago si le constaba que hubieran convivido desde el 2005 hasta el 2011, solo respondió que sí pero no dio detalles ni realizó manifestaciones adicionales que sustentaran su respuesta, aunado a ello dijo que solo había ido unas 6 veces al balneario y que después solo le constaba porque la demandante le comentaba de su pareja y eventualmente los veía en la calle. Finalmente, el dicho de las testigos resulta contradictorio, pues mientras una manifiesta que la demandante perdió un semestre y por eso se fue a vivir con el causante OLGA CECILIA refiere que la actora aplazó por razones económicas y nunca asoció el inicio de la convivencia con el hecho de la supuesta pérdida de semestre.

De lo anterior, también puede establecer la Sala que la misma versión que dio la demandante en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 audio 2, min. 10:45), se contradice con lo manifestado con las testigos traídas al proceso, pues ésta nunca refirió que en los últimos meses de vida el causante hubiera tenido que trasladarse a vivir a la casa de su única hija, y que mientras ella afirmó que el costo de las exequias lo cubrió con el dinero que tenían en una cuenta en común, una de las testigos refirió que tuvo que pedir dinero prestado para poder pagarlas. Estas

contradicciones, impiden a la Sala, dar total credibilidad a lo manifestado por las testigos.

Frente a las pruebas documentales, tampoco resultan suficientes para acreditar la existencia de convivencia desde el año 2005, pues si bien la demandante estaba registrada como beneficiaria del causante, dicha afiliación se realizó en el año 2009, y la factura del costo de las exequias, autorización para manejo de cuenta bancaria y certificado de defunción expedida por una parroquia, no son pruebas útiles para establecer el hecho de la convivencia, en cuanto solo refieren de manera genérica que la demandante era compañera, pero de éstos no se pueden establecer el inicio de la convivencia, su duración en el tiempo y las condiciones en que existió.

Tampoco resultan útiles las declaraciones extra proceso referidas, pues las manifestaciones realizadas por PABLO ANTONIO FORERO BUITRAGO y ROSMIRA LOPEZ, corresponden a un formato que contiene afirmaciones genéricas, donde ni siquiera se refiere la razón por la cual conocían a la pareja y les consta el hecho de la convivencia.

Además de lo anterior, no puede pasar por alto la Sala, que la demandante rindió declaración dentro de la investigación administrativa que adelantó el ISS (Cd. 1 expediente administrativo), en dos ocasiones, y sus afirmaciones no fueron coincidentes, pues se contradijo frente a la causa de la muerte del causante, y la supuesta repartición de bienes que éste realizó en vida. No se explica la Sala como existen versiones distintas en declaraciones rendidas con apenas 6 meses de diferencia y cuando el causante tenía menos de un año de fallecido. Tales contradicciones, permiten a la Sala deducir que la actora realmente no conocía tan de cerca las condiciones de salud del actor, ni siquiera sabía con claridad la causa de muerte, pues manifestó

inicialmente que fue muerte natural, que tenía cáncer y sufría de los pulmones, luego dijo que había fallecido por un infarto fulminante y finalmente en la diligencia de interrogatorio aquí absuelta, señaló que el gozaba de buena salud, no tenía ninguna enfermedad y había fallecido de un paro cardiorrespiratorio.

Además de lo anterior, tampoco puede omitirse que dentro del proceso de investigación que adelantó el ISS, se entrevistó al señor ORLANDO RAIGOSO, quien manifestó conocer al demandante desde hace 20 años y afirmar que el solo tenía una hija y no tenía esposa, hecho que sumado a lo hasta aquí estudiado impide a la Sala concluir en la existencia de la convivencia en los términos que define la jurisprudencia citada.

Para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, debe precisar la Sala que dentro de un proceso judicial la valoración probatoria debe realizarse de manera conjunta, pues es precisamente la congruencia de la totalidad de las pruebas, lo que lleva al juzgador a obtener certeza de la existencia de los hechos que se aduce, certeza a la que claramente no puede llegarse cuando existe contradicción dentro de los medios de prueba aportados, menos aún, cuando ni siquiera la reclamante tiene una versión congruente de lo ocurrido. Lo único que podría concluir la Sala de las pruebas aportadas, es que la demandante y el causante tuvieron una relación cercana, y convivieron en la misma vivienda durante un lapso, pero no se puede establecer con claridad, que la convivencia se diera entre el año 2005 y 2011 y menos aún las condiciones en que ésta existió.

Por todo lo anterior y dado que las pruebas aportadas al expediente no otorgan certeza, ni permiten concluir de manera inequívoca que la demandante y el causante, convivieron dentro de los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, en los términos

que define la jurisprudencia, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

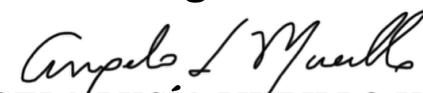
RESUELVE

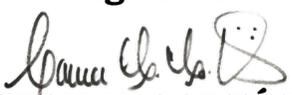
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08 2020 00025 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FABIOLA TÉLLEZ ÁLVAREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de mayo de 1963; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de abril de 1997 y el 30 de septiembre de 1996, un total de 347.86 semanas; que el 4 de septiembre de 1996, mientras laboraba para el empleador COLEGIO ABRAHAM LINCOLN se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A; Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS, ni le explicaron la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 11 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a la entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Pdf. 1 fls. 136 a 142).

COLFONDOS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (Pdf. 1, fls. 114 a 129).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora *FABIOLA TÉLLEZ ÁLVAREZ*, identificada con C.C N° 51.834.366, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., efectuado el día el 01 de noviembre de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante *FABIOLA TÉLLEZ ÁLVAREZ*, identificada con C.C N° 51.834.366, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP COLFONDOS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora *FABIOLA TÉLLEZ ÁLVAREZ*, identificada con C.C N° 51.834.366, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. **SEXTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las entidades COLPENSIONES, y COLFONDOS A.F.P. y a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas. **SÉPTIMO:** En caso

de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS por inobservancia al deber de información por parte de la AFP demandada. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación. Pide que se adicione la sentencia en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A a restituir los gastos de administración debidamente indexados, y se revoque la condena en costas impuesta. Para sustentar el recurso aduce que de acuerdo al precedente de la Corte cuando se declara la ineficacia de traslado de régimen es obligación de la AFP restituir a COLPENSIONES la totalidad de los saldos de la cuenta pensional del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados sin descontar gastos de administración, que este porcentaje no se encuentra incluido dentro de los valores que contiene la cuenta pensional del afiliado y por ello debe la AFP devolver este valor debidamente indexado, pues forma parte de las cotizaciones realizadas pero no se encuentra en la cuenta pensional. Así mismo, solicita se revoque la condena en costas impuesta, en cuanto COLPENSIONES no fue la administradora de pensiones que dio lugar al litigio.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto declara la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS S.A, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, y definir si es procedente la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 15 de

mayo de 1963 (fl. 26, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de abril de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1996 y cotizó un total de 347.86 semanas (fl. 30 al 33, Pdf. 1); **iii)** que el 1° de noviembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. (fl. 54, Pdf. 1); **vi)** que el 11 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 34, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación,

estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>

<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora FABIOLA TELLEZ ALVAREZ se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A el 1° de noviembre de 1996 y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, observa la Sala que al expediente ni siquiera se aportó copia del formulario de traslado suscrito por la demandante y no se allegó otra prueba documental tendiente a demostrar el tipo

de asesoría que la actora recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la demandante en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min 18:10), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado mientras laboraba para el Colegio Abraham Lincoln fue abordada por asesores de la AFP COLFONDOS S.A, quienes le aseguraron que el Seguro Social se iba a acabar y quedarían desamparados, que ante dicha información tomó la decisión de trasladarse.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-

2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandada COLPENSIONES, referido a que no es procedente la condena en costas impuesta en su contra, precisa la Sala que revocará en este aspecto la decisión de primera instancia, al efecto basta precisar que las órdenes dictadas a cargo de COLPENSIONES son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso, para que proceda la condena por este concepto, en los términos que define el artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores

que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia, en cuanto impuso condena en costas a la demandada COLPENSIONES, para en su lugar ABSOLVER a dicha entidad de esta condena, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

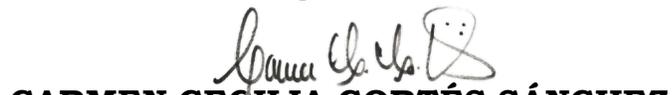
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FABIOLA TELLEZ ALVAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00025 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 09 2019 00884 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y declaró válida la afiliación al RPM (01:14:03 archivo “6.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (archivo “001Demanda”).**

NANCY GRISALES BELTRÁN solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, condenar a la demandada a la devolución del saldo de la CAIP y reactivar su afiliación en el RPM, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 9 de enero de 1963; se afilió al ISS el 15 de septiembre de 1986; que suscribió formulario de traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 2000, que dicha AFP nunca le suministró

información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, que solicitó retornar al RPM ante COLPENSIONES en fecha 7 de mayo de 2019.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, su afiliación al RPM, la solicitud de traslado y la negativa a dicha solicitud, de los demás adujo no ser ciertos o no constarle; en su defensa formuló las excepciones denominadas, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Fls. 146 a 169, archivo “011ContestacionDeDemanda”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, de los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle, en su defensa propuso como excepciones las denominadas, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág. 2 a 33 archivo “013ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:14:03 archivo “6.1Audiencia”).

El 09 de diciembre de 2021, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante NANCY GRISALES BELTRÁN, entre el RPM administrado el Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir el 30 de octubre del 2000. **SEGUNDO. CONDENAR** a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora NANCY GRISALES BELTRÁN, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en los escritos de contradicción. **QUINTO. COSTAS.** Las costas estarán a cargo de PORVENIR S.A tásense por secretaria, fíjense como agendas en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con la parte motiva. **SEXTO.** Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si procede la declaratoria de ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A., por el incumplimiento del deber de información. Para resolver indicó que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso no se logra

establecer que PORVENIR al momento del tránsito que tuvo lugar en el año 2000, le hubiera indicado a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como las consecuencias jurídicas de trasladarse en los términos señalados por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión en su totalidad y en su lugar absuelva a su prohijada por cuanto no existe prueba alguna que acredite la existencia de un vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, así mismo manifiesta que la afiliación en el transcurso del tiempo representa una ratificación tácita de cualquier nulidad que hubiese podido existir (01:15:54 archivo “6.1Audiencia”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

La **DEMANDANTE** solicita se confirme el fallo de primera instancia, en el cual se declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS aduciendo que la AFP PORVENIR S.A, no cumplió con el deber de información en los términos definidos por la jurisprudencia.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, solicita se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que la demandante suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación, que el mismo no fue tachado de falso y que

la afiliación se ratificó tácitamente durante todo el tiempo que la demandante estuvo vinculada al RAIS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante NANCY GRISALES BELTRÁN nació el 9 de enero de 1963 (Fl. 162); **ii)** que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 15 de septiembre de 1986 y el 31 de enero de 2000, por un total de 642.29 semanas (Fl. 73); **iii)** que la demandante se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 30 de octubre del 2000 (Fl. 393); **iv)** que el 7 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 102).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

“(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de

régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora NANCY GRISALES BELTRAN se trasladó a la AFP PORVENIR el 30 de octubre de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd.1, min. 12:58), pues al efecto solo manifestó que tuvo una reunión por aproximadamente 10 minutos con un asesor de PORVENIR, quien solo manifestó que el ISS se iba acabar, que no le mencionó o informó sobre las implicaciones de su decisión y que con posterioridad tampoco le explicaron que podría regresar al RPM y que su situación pensional era más favorable en dicho régimen.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del

deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

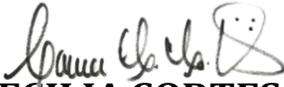
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

Aclaración de voto


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY GRISALES BELTRAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00884 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 14-2018-00454-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 20 de mayo de 2021 del Juzgado catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probada la excepción de existencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, absolvió a las **DEMANDADAS** de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (21:56 archivo “31.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 84 a 91 archivo “003Demanda”; Pág. 53 a 55 archivo “006EscritoDeSubsanacion”).**

MARYERLY GUTIÉRREZ ARÉVALO solicitó declarar nulo el dictamen de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y conformidad el dictamen de la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, en consecuencia, ordenar a la Junta Regional calificar el porcentaje de PCL y establecer la FE, de forma integral sobre todas las patologías, condenar a **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.** a reconocer y pagar la pensión de invalidez e indemnización por pérdida de capacidad laboral.

Como fundamentó fáctico indicó que en 2011, empezó a sufrir dolor en manos y antebrazos, lo cual comunicó a su empleador UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, siendo remitida a EPS donde se ordenó terapias y consulta por medicina laboral y se entregaron ordenes, las cuales no logró materializar porque la **ARL DEMANDADA** siempre alegó que no tenía agenda y por desorden de la IPS tuvo que cancelar las terapias. Al continuar el dolor en manos la EPS la incapacitó por 1 o 3 días por *tendinitis* y en 2014 su empleador la trasladó a la sede centro, realizando su labor en una mesa redonda de 4 puestos con portátil sin tener soporte de manos, por tanto, en diciembre de 2014 padeció dolor intenso de manos, codos y hombros y adormecimiento de los miembros superiores exacerbado en horas de la noche, tras lo cual se ordenó medicina laboral, cita con ortopedistas y exámenes, luchando con EPS CRUZ BLANCA y solo hasta septiembre de 2015 se efectuó electromiografía que diagnosticó túnel del carpo bilateral leve, diagnosticó que confirmó en una cita particular en IDIME el 02 de febrero de 2016.

Aseguró que fue remitida a la **JUNTA REGIONAL DEMANDADA**, quien a través del dictamen 53038149-2946 del 24 de junio de 2016 determinó que dicho síndrome era de origen laboral, valoración que apeló la **ARL DEMANDADA**, sin que la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** analizará las últimas novedades médicas ni solicitará la actualización de la historia clínica o soportes y no dejó mostrar los exámenes recientemente practicados, al limitar el estudio al expediente que remitió la Junta Regional, sin que el médico general o psicólogo le prestaran atención en la cita que duró máximo 4 minutos, lo cual impidió considerar la ecografía que determinó *epicondilitis bilateral*, así las cosas, el dictamen del 11 de enero de 2017 de la **JUNTA NACIONAL** determinó que la enfermedad tenía origen común, conclusión falsa porque el 80% de las funciones de la **DEMANDANTE** implican digitación, rol que ha ejecutado por 8 años y un total de 18 años si se consideran los distintos empleadores y toda su historia laboral.

Por último, alegó que las recomendaciones efectuadas en el análisis de su puesto de trabajo no han sido acatadas y no ha sido reubicada a pesar de la orden médica del ortopedista, siendo reducida su digitalización apenas un poco, a pesar de las recomendaciones dadas por la EPS, lo cual deteriora su condición física, psicológica y anímica.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la calificación que efectuó de la **DEMANDANTE**. Indicó que valoró y determinó el *síndrome de túnel carpiano bilateral* como enfermedad laboral en el dictamen 53038149-2946 del 24 de junio de 2016, conforme los Decreto 917 de 1999 y 1507 de 2014, frente al cual **ARL SURA** presentó inconformidad y fue remitido a la **JUNTA NACIONAL**. Interpuso las excepciones de buena fe de la demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica (Pág. 1 a 6 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., quien absorbió por fusión a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., se opuso a las pretensiones. Indicó que no le constan los hechos relativos al tratamiento médico que ofreció la EPS, sin que haya prueba de las presuntas terapias que no efectuó la ARL, más aún cuando las asume la EPS conforme el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, de otra parte, los dictámenes de E.P.S. CRUZ BLANCA y la **JUNTA NACIONAL** determinaron que las dolencias de la **DEMANDANTE** son de origen común, conforme las consideraciones efectuadas en esas calificaciones, más aún cuando la trabajadora no fue expuesta a movimientos repetitivos, continuos ni concentrados, con espacios para la recuperación del segmento muscular en muñecas sin superar los rangos de seguridad ni límites permisibles y sin que los movimientos de esta superaran el 10% de la jornada laboral ni exposición a cambios de temperatura, vibración o fuerza bimanual, por lo cual carecen de

viabilidad las pretensiones. Interpuso las excepciones de validez y ejecutoria del dictamen de la Junta Nacional, inexistencia de nexo causal entre la labor desempeñada y las patologías, buena fe y la genérica (Pág. 34 a 48 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** se atiene a lo probado. Aceptó que la **DEMANDANTE** se diagnosticó con *tendinitis y síndrome del túnel del carpo*, que la calificación en primera oportunidad de la EPS determinó el origen común de las patologías, tras lo cual la Junta Regional determinó que era laboral y finalmente la **JUNTA NACIONAL** confirmó el origen común, para lo cual efectuó valoración médica a la paciente el 20 de diciembre de 2016, lo que sumado a su historia clínica permitió conocer la condición real de la **DEMANDANTE**, sin que fuera necesario solicitar exámenes o pruebas médicas adicionales y sin que la paciente aportara documentos adicionales en la oportunidad legal para ello, por lo cual la decisión de origen está fundamentada, al punto que se consideró el Análisis del Puesto de Trabajo del 02 de noviembre de 2015 que efectuó la ARL, en el cual no determinó un riesgo real para que las patologías tengan origen laboral, tal y como dejó por sentado en el dictamen de segunda instancia, sin que haya prueba que desvirtúe las conclusiones del mismo.

Interpuso las excepciones de legalidad del dictamen expedido por la **JUNTA NACIONAL**, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, improcedencia de las pretensiones respecto a la **JUNTA NACIONAL**, buena fe de la demandada y la genérica (archivo “016ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (21:56 archivo “31.1Audiencia”).

El 20 de mayo de 2021, el Juzgado catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las accionadas JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y SEGUROS DE

*RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. ARL SURA, de todas y cada una de las suplicas incoadas en la demanda. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen carga de la prueba a cargo del contradictor, propuesta por la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y las demás excepciones, dado el carácter absolutorio del litigio, relevarse el Juzgado de su puntual análisis. **TERCERO:** de no ser apelada esta decisión, por haber sido desfavorable a la DEMANDANTE, se ordena consultar con el Superior, en los términos del artículo 69 CPTSS. **CUARTO: CONDENAR** en costas de esta acción a la parte DEMANDANTE. En oportunidad se tasarán. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico verificar los hechos no aceptados para establecer la viabilidad de las pretensiones. Como fundamento de su decisión indicó que la calificación de la PCL es un procedimiento técnico científico regulado normativamente, conforme el Decreto 1352 de 2013, Decreto 1477 de 2014, Ley 1562 de 2014 y demás normas aplicables, motivo por el cual la decisión de establecer el origen laboral de una patología debe exponer sus fundamentos de hecho y derecho que den fe de la relación de causalidad entre los factores de riesgo evidenciados y la patología estudiada, sin que en el caso bajo estudio la **DEMANDANTE** cumpla la carga de la prueba de acreditar los factores de riesgos que alegó, los cuales no son descritos ni en el análisis de puesto de trabajo, por tanto, al no existir prueba científica que sustente las pretensiones y al no observar el Despacho factores de riesgos señalados en la correspondiente GATISO, ni haber pruebas de las últimas novedades clínicas alegadas pero no soportadas, procedió a absolver.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Señaló que las pruebas allegadas no justifican el cambio de origen que efectuó la **JUNTA NACIONAL**, por el contrario, se requirió interrogatorio a la **DEMANDANTE**, prueba que no se realizó a pesar de ser el medio para evidenciar las actividades adicionales a las descritas en el análisis del puesto de trabajo, las cuales incrementaron las secuelas de su enfermedad, a la vez que la tabla de

enfermedad laboral describe como causa del *síndrome de túnel del carpo* las actividades que ejercer la trabajadora, lo cual acredita su origen laboral si se considera el tipo de actividad y el tiempo de servicio a su empleador, además, la **DEMANDANTE** sigue en tratamiento, sufre más dolor y rol laboral se ha reducido al tener recomendaciones (23:42 archivo “31.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo, por cuanto la *a quo* no hizo uso de la facultad para decretar de oficio el interrogatorio de la trabajadora para conocer las labores que le fueron asignadas desde que presentó la enfermedad y la fecha del fallo, las cuales generaron la enfermedad, sin que las últimas funciones hayan sido las únicas.

La apoderada principal de **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.** solicitó confirmar el fallo, por cuanto el dictamen de la **JUNTA NACIONAL** es acorde a derecho y cumple todos los requisitos para su validez, además, las GATI-DME establecen los criterios obligatorios para calificar el posible origen laboral de las patologías, sin que en el caso bajo estudio se acredite la configuración de dichos presupuestos porque la parte actora no allegó ninguna prueba científica en tal sentido. Agotado el término de traslado, los apoderados de las **JUNTAS DEMANDADAS** se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de declarar nulo el dictamen de origen de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y

establecer que las patologías son de origen laboral y acceder a las subsecuentes pretensiones, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** El 07 de diciembre de 2015, E.P.S. CRUZ BLANCA calificó en primera oportunidad el origen de la patología *G560 Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral* de la demandante **MARYERLY GUTIÉRREZ ARÉVALO**, determinando que dicha patología es común (Pág. 63 a 66 archivo “15.1Anexo”); **ii)** el 24 de junio de 2016, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** calificó en primera instancia el origen de la patología de la **DEMANDANTE**, estableciendo que es enfermedad laboral (Pág. 5 a 9 archivo “003Demanda”); **iii)** El 11 de enero de 2017, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** profirió dictamen de calificación de origen de segunda instancia, (Pág. 117 a 123 archivo “15.1Anexo”).

En el presente asunto, la *a quo* declaró probada la excepción de existencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, absolvió a las **DEMANDADAS** de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que las pruebas no justifican el cambio de origen de la patología que hizo la **JUNTA NACIONAL**, que no se realizó el interrogatorio de la **DEMANDANTE** pese ser el medio para evidenciar las actividades adicionales a las descritas en el análisis del puesto de trabajo, que son descritas como causa del *síndrome de túnel del carpo* en la tabla de enfermedad laboral, lo que se refuerza considerando la actividad y tiempo de servicio, además, la trabajadora sigue en tratamiento, sufre más dolor y tiene recomendaciones laborales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- Sobre el procedimiento de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral.

Los procedimientos de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral son trámites regulados, por cuanto la legislación de la seguridad social establece etapas, términos y las personas facultadas para adelantar los mismas.

El dictamen de calificación de origen busca resolver las controversias sobre la causa de un evento o patología, para de ese modo establecer el subsistema de la seguridad social responsable de las prestaciones derivadas de aquella situación. El artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994, establece que toda patología, accidente o muerte no calificada como de origen laboral se considera de origen común, siendo responsable de esta primera calificación la IPS que atiende el caso, mientras que la ARL será responsable de calificar el origen en segunda instancia y en caso de surgir discrepancias, aquellas serán resueltas por la junta integrada por la ARL y EPS y de persistir la diferencia se aplicará el procedimiento del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez, el artículo 7 del Decreto 1771 de 1994 remite al procedimiento del artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994 para resolver toda controversia sobre el origen del accidente, enfermedad o muerte de un afiliado al Sistema de Riesgos Laborales.

Por su parte, el dictamen de calificación integral de pérdida de capacidad laboral busca establecer si se configura el estado de invalidez, para lo cual se aplica el procedimiento técnico científico dispuesto en el Manual único para la Calificación de Invalidez. Es así como el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 faculta a COLPENSIONES, las ARL, las compañías de seguro que asumen el riesgo de invalidez y muerte y las EPS para calificar, en primera oportunidad, el grado de invalidez y su origen y en caso que el interesado no esté de acuerdo, podrá presentar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes,

tras lo cual la Entidad que calificó deberá remitir el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez respectiva dentro de los 5 días siguientes, quien adoptará la decisión que a su vez será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dentro de los 5 días siguientes, concluyendo que contra los precitadas decisiones proceden las acciones legales.

Ambos procedimientos de calificación buscan que la decisión sea adoptada de manera técnica e interdisciplinar, con base en criterios objetivos y científicos de tipo médico, ocupacional y jurídico, procedimiento en el cual se considera la definición de accidente de trabajo y enfermedad laboral adoptada en los artículos 3 y 4 de la Ley 1562 de 2014, la tabla de enfermedades laborales actualmente adoptada en el Decreto 1477 de 2014 y el Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del Decreto 1507 de 2014, así como el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez del Decreto 1352 de 2013, normas compiladas en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el extinto MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, expidió diferentes Resoluciones para adoptar las *Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional – GATISO* hoy GATISST, como documentos de obligatoria referencia para las ARL, EPS, IPS y empleadores para la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo, las cuales han sido consideradas por la jurisprudencia de las Altas Corte como medios de prueba para evaluar la existencia de exposición a factores de riesgos en los litigios donde se debate el origen de una patología, accidente o muerte.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la apoderada de la **DEMANDANTE** sustenta su recurso de apelación con tres (3) argumentos: **i)** la falta de prueba para justificar la modificación de origen de la patología por parte de la **JUNTA NACIONAL**, **ii)** la falta

de práctica del interrogatorio de la **DEMANDANTE, iii)** que la tabla de enfermedades describe como causa del *síndrome de túnel del carpo* las actividades que ejerce la trabajadora, lo cual establece el origen laboral de la patología si se considera el tipo de actividad y tiempo de servicio y que la **DEMANDANTE** sigue en tratamiento, sufre más dolor y tiene recomendaciones laborales que recortan su rol laboral.

Procede la Sala a resolver el primer punto de inconformidad, advirtiendo a la apoderada de la **DEMANDANTE** que no era responsabilidad de la **JUNTA NACIONAL** justificar el resultado del dictamen de origen de segunda instancia, porque era carga de la prueba de la **DEMANDANTE** y no de dicha Entidad demostrar las presuntas falencias del dictamen y así sustentar sus pretensiones, conforme lo exige el artículo 167 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS.

Así las cosas, era la parte **DEMANDANTE** quien debía demostrar los yerros facticos, jurídicos o científicos del dictamen del 11 de enero de 2017 de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (Pág. 117 a 123 archivo “15.1Anexo”), carga que dio por no probada la *a quo* ante la falta de prueba idónea en tal sentido, conclusión que comparte esta Sala, por las razones que pasan a exponerse.

Primero, si bien en la demanda se aportó copia del dictamen de calificación de origen de primera y segunda instancia y de las historias clínicas, resultados de exámenes diagnósticos o epicrisis del 09 de julio de 2015, 15 de septiembre de 2015, 29 de septiembre de 2015, 30 de septiembre de 2015, 06 de octubre de 2015, 09 de octubre de 2015, 10 de febrero de 2016, 16 de febrero de 2016, 13 de marzo de 2016, 1º de abril de 2016, 16 de mayo de 2016, 15 de julio de 2016, 17 de agosto de 2016, 12 de septiembre de 2016 y 07 de diciembre de 2016, incapacidades y registro de asistencia a terapia, dichos documentos a lo sumo acreditan la existencia de la patología *síndrome del túnel del carpo bilateral*, la cual no fue puesta en duda por las **DEMANDADAS**, pero no demuestran las causas que dieron origen a dicha patología y

su eventual relación con las funciones o ambiente laboral de la **DEMANDANTE**, por tanto, si bien existen recomendaciones laborales para evitar agravar el estado de salud, ello no equivale a prueba contundente de origen de la enfermedad sino a su tratamiento.

Segundo, la demandada **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** allegó copia de los documentos que componen el expediente de calificación de la **DEMANDANTE** analizado para proferir el dictamen de origen de segunda instancia, de los cuales llama la atención el análisis del puesto de trabajo del 02 de noviembre de 2015, elaborado a partir de la evaluación realizada el 27 de octubre de 2015, en el cual se describió el rol laboral de la **DEMANDANTE**, su edad y condiciones de salud, tareas y funciones asignadas y descripción de modo y tiempo de desarrollo de las distintas labores, las condiciones de las estaciones de trabajo, herramientas, insumos y accesorio usados, elementos de confort postural, de protección personal, descripción de horarios y turno, rutina laboral y análisis del tiempo contratado, tiempo real laborado y tiempo real de descanso (Pág. 85 a 95 archivo “15.1Anexo”).

El precitado Análisis de Puesto de Trabajo, cuya validez nunca fue controvertida por la parte **DEMANDANTE**, describió los ángulos, tiempos de ejecución, posturas y repetitividad en el tiempo de las labores efectuadas a través de los miembros superiores, información que analizó la **JUNTA NACIONAL** y por la cual concluyó el origen común de la patología en su dictamen, en los siguientes términos:

“(…) la jornada laboral es de lunes a viernes durante 9 horas diarias, calculando el tiempo laboral efectivo de trabajo en 470 minutos. Para el logro de los objetivos del cargo, la trabajadora desempeña las siguientes tareas: manejo de computador – digitar en teclado y manipular mouse (360 minutos), atención telefónica (50 minutos) y atención al cliente (60 minutos). En el aspecto de la biomecánica de las actividades se describe que la trabajadora realiza la digitación extensión de muñeca de 10° asociados a desviaciones cubital es de 5° a 10° y pulsaciones digitales en el teclado. Para la Manipulación del mouse lo hace con miembro superior derecho en

donde las muñecas hacen extensión de 10° a 20° con desviación radical del 10ª con agarres a mano llena del mouse y pulsación con segundo y tercer dedo al realizar clic. En las tareas de atención telefónica y atención al cliente no se evidencia factor de riesgo por movimientos repetitivos ni posturas forzadas. Bajo lo antes descrito, se considera que la paciente no presenta factor de riesgo biomecánico en la ejecución de sus tareas teniendo presente que no hay asociación a movimientos repetitivos y región distal de los miembros superiores, asociados a posturas forzadas y/o manipulación de cargas, de ahí que, aún con la persistencia de las actividades laborales y la exposición a los factores de riesgo, la EMG+VNC tiene comportamiento no consistente, ni coherente con el tiempo de exposición. Por lo anterior se determinar que el síndrome del túnel car (Sic) bilateral que presenta el paciente es de origen común. (...)” (Pág. 122 y 123 archivo “15.1Anexo”).

Contra la anterior conclusión, proferida por un grupo colegiado técnico científico, la apoderada de la **DEMANDANTE** no presentó prueba alguna en contrario que permitiera demostrar que, las conclusiones relativas a la forma como se ejecuta el rol laboral por la trabajadora, no corresponde con la descrita en el Dictamen de Origen de Segunda Instancia y en el Análisis del Puesto de Trabajo, **por cuanto ninguna de las pruebas aportadas o solicitadas con la demanda** tiene como finalidad exponer las condiciones del cargo, por cuanto se reitera, se limitó a aportar documentos médicos que a lo sumo demuestran la existencia de la patología y las recomendaciones laborales efectuadas para no agravar la misma, sin que aquellos documentos describan o se refieren a las condiciones en que se ejecuta la labor.

La precitada falencia probatoria es relevante, por cuanto si bien en los antecedentes normativos expuestos se indicó que el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL adoptó las *Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional – GATISO* hoy GATISST, como parámetros de obligatoria referencia para la prevención de los daños en la salud por causa o con ocasión del trabajo, en el presente asunto no es posible acudir a la GATI-DME

(Guía de Atención Integral Basada en la Evidencia para Desordenes Musculoesqueléticos DME relacionados con Movimientos Repetitivos de Miembros Superiores - Síndrome de Túnel Carpiano), adoptada mediante Resolución 2844 de 2007, para acceder a las pretensiones, por cuanto los límites de ángulos de confort y niveles máximos de fatiga descritos en dicho documentos no son superados conforme la descripción del Análisis del Puesto de Trabajo del 02 de noviembre de 2015.

Así las cosas, la parte **DEMANDANTE**, quien era la responsable de la carga de la prueba de las falencias alegadas contra el dictamen de la **JUNTA NACIONAL**, no allegó elementos de prueba suficientes para lograr tal objetivo, siendo relevante en este momento analizar el segundo punto de inconformidad, esto es, la falta de práctica del interrogatorio de la **DEMANDANTE** que alega la apelante, a fin de indicar que la no práctica del mismo en nada incide en el resultado adverso del proceso para la trabajadora, por la sencilla razón de que tal prueba busca la confesión a favor de las **DEMANDADAS**, por ende, su ausencia no perjudicó a la parte actora, más aún si se considera que así la señora **MARYERLY GUTIÉRREZ ARÉVALO** hubiera declarado que su patología tiene origen laboral, tal manifestación no tiene ninguna efectividad probatoria en virtud del principio de que *nadie puede fabricar su propia prueba*, a su vez, la trabajadora, quien no es profesional de la salud ni experta en SST o medicina del trabajo, en nada hubiera aportado para desvirtuar las conclusiones que dos entes técnicos, a saber, la ARL y la **JUNTA NACIONAL**, adoptaron respecto el origen de su enfermedad con base en evidencia escrita allegada oportunamente al expediente.

Considerando la omisión probatoria de la parte **DEMANDANTE**, no es posible tampoco acceder al tercer punto de inconformidad elevado en el recurso de apelación, esto es, dar por demostrado que la ejecución del cargo, el tipo de actividad y tiempo de servicio, así como el tratamiento dolor y recomendaciones laborales implican la exposición a los factores de riesgo señalados en el Decreto 1477 de 2014 para la aparición del *síndrome del túnel del carpo*, porque dichos

aspectos no fueron probados por la apoderada con las pruebas allegadas en su demanda, las cuales se limitan a acreditar la existencia de la enfermedad pero no las condiciones de trabajo, asunto respecto el cual no se hizo ningún esfuerzo probatorio más allá que traer el dictamen de la **JUNTA REGIONAL DEMANDADA**, mismo que fue refutado por la **JUNTA NACIONAL** conforme el Análisis del puesto de Trabajo.

Así las cosas, resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación y atendiendo las consideraciones expuestas, no queda opción distinta que confirmar el fallo apelado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

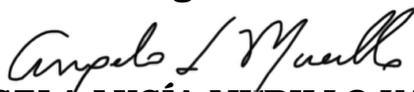
RESUELVE

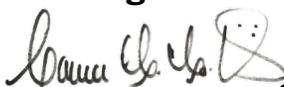
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15 2021 00094 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandante y la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DEYSY JANETH BELTRAN MORENO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 31 de enero de 1967; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 9 de diciembre de 1988 y el 31 de octubre de 2006, y cotizó a dicha entidad un total de 230 semanas; que el 29 de septiembre de 2006, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 30 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial de la actora a dicha entidad y las cotizaciones realizadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones. (Pdf. 19).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (Pdf. 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que

le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“PRIMERO: DECLARAR ineficaz o nulo, la afiliación o traslado efectuado aparentemente por la señora **DEYSY JANNETH BELTRAN MORENO**, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de la AFP PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha administradora, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, junto con sus rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES., a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna oportunidad tuvo la señora demandante, acreditándolos como semanas efectivamente cotizadas, en régimen de prima media. Teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada la ilegalidad de dicho proceso de traslado. Conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO:** si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Superior para que sea el Honorable Magistrado a quien corresponda por reparto el presente asunto, determine si las estudia o no en el Grado Jurisdiccional de Consulta, recordemos que existen salas del Honorable Tribunal que consideran que como no es una condena propiamente de COLPENSIONES si no una reactivación de una afiliación, no procede el Grado Jurisdiccional de Consulta, como otras si lo consideran.”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó previamente que si bien la demandante aduce que la firma que contiene el formulario de traslado no es de ella y aporta el denuncia correspondiente que presentó ante la Fiscalía, abordará

la controversia desde la ineficacia de traslado. Al efecto señaló que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación parcial. Pide que se ordene la devolución de la totalidad de los dineros aportados, incluyendo los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la demandada PORVENIR, debe devolver en su totalidad los gastos de administración y comisiones generadas, pues así lo ha definido la jurisprudencia que regula materia.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia de manera parcial. Para sustentar el recurso aduce se debe ordenar a PORVENIR devolver los valores deducidos por gastos de administración, comisiones y demás, a su representada COLPENSIONES, ya que lo que versa en la presente sentencia es una nulidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en

cuanto declaró la ineficacia de traslado y se adicione para disponer la devolución de los gastos de administración.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 31 de enero de 1967 (Pdf. 4, fl. 4); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 9 de diciembre de 1988 y el 31 de octubre de 2006, por un total de 230 semanas (Car. 43); **iii)** que el 29 de septiembre de 2006, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Pdf. 4, fl. 29); **iv)** que el 30 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 4, fl. 45)

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor DEYSY JANETH BELTRAN MORENO se trasladó a la AFP PORVENIR el 29 de septiembre de 2006, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, si bien se aportó el formulario de afiliación y la demandante afirma no haber suscrito tal documento, no obstante, no obra prueba suficiente de ello en el expediente. De todas formas, el formulario referido, no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió la demandante y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 40, audio min. 16:41), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en Tauramena Casanare, como Comisaria de Familia, que posteriormente llegó a Bogotá para dictar unas horas cátedra en una Universidad y cree que fue allí donde la trasladaron, que no tiene recuerdos de que hubiera suscrito

formulario alguno o que le hubiera recibido información sobre las implicaciones de dicho traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la

decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral primero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental

irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

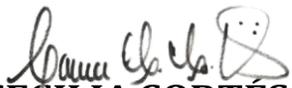
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DEYSY JANETH BELTRAN MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00094 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MÚRRILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 16 2019 00033 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y de las demandadas, contra de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2020, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OMAR AUGUSTO SANCHEZ MORALES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de ASOCIACION SINDICAL GREMIAL DE TRABAJADORES ASOCIADOS DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – ASOCTA, GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, AVICOLA MILUC, AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S., MIRIAM LUNA CRISTANCHO y ADELMO LUNA CRISTANCHO, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente entre el 20 de mayo de 2015 y el 18 de noviembre de 2016. Como

consecuencia de lo anterior pide que se condene a los demandados a pagar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, dotaciones, indemnización por despido sin justa causa, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud pensión y riesgos laborales, sanción por no consignación de cesantías en un fondo, aportes a Caja de Compensación Familiar, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 19 de mayo de 2015, celebró verbalmente un contrato laboral a término indefinido con MIRIAM LUNA CRISTANCHO y ADELMO LUNA CRISTANCHO, quienes son propietarios de las sociedades AVICOLA MILUC y AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S.; que el correo electrónico enviado el día 19 de mayo de 2015, da cuenta del contrato verbal celebrado y de su contratación directa desde el 20 de mayo de 2015; que como salario se pactó la suma de \$4.000.000; que el cargo desempeñado como médico veterinario era el de Director Técnico de Reproductoras; que tenía a su cargo la Granja las Mañanitas, Granja Providencia, Granja Luna verde y Granja Dorada, todas propiedad de los demandados; y que debía cumplir un horario de 6 de la mañana a 4:30 de la tarde.

Señaló, que la demandada MIRIAM LUNA CRISTANCHO confirmó su calidad de jefe y patrono cuando oficializó que el periodo de prueba terminaba el 19 de julio de 2015; que además ADELMO LUNA CRISTANCHO, como Gerente General de AGROAVICOLA MAÑANITAS le hizo entrega de un vehículo para el desempeño de sus funciones; que desde el inicio de la relación laboral los demandados MIRIAM LUNA CRISTANCHO y ADELMO LUNA CRISTANCHO siempre ejercieron subordinación sobre él; que el 8 de octubre de 2015, la demandada ASOCTA le liquidó las cesantías, intereses a la cesantía prima de servicios por el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 201, teniendo como salario base la suma de \$3.539.296; que el valor de dicha liquidación nunca se le pagó; que sus cesantías no fueron consignadas al 14 de febrero de 2016; que mediante correo electrónico del 29 de marzo de 2016, la representante legal de

ASOCTA certificó a la Jefe de Recursos Humanos de AVICOLA MILUC y AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. que no se habían pagado las cesantías.

Adujo que el día 15 de julio de 2016, en las oficinas de las sociedades demandadas le entregaron un documento denominado liquidación de cesantías del año 2015, por valor de \$2.288.015, dinero que nunca le fue cancelado; que mediante una directriz emitida por la Jefe de Recursos Humanos de AVICOLA MILUC el 13 de junio de 2016, se dispuso que en adelante el pago de los salarios se realizaría en efectivo; que el día 31 de julio de 2015, los demandados le solicitaron a él y otros trabajadores de manera directa, que presentaran renuncia voluntaria al cargo que desempeñaban; que nunca se le cancelaron las prestaciones causadas durante la vigencia del contrato, ni la indemnización por despido sin justa causa correspondiente.

Agregó que las sociedades demandadas solicitaron de manera directa a él y otros trabajadores, la vinculación y firma de un convenio de trabajo autogestionario con la Cooperativa de Trabajo Asociado Generar, a partir del día 1° de agosto de 2015; que no existió solución de continuidad entre la fecha de terminación del contrato laboral con los demandados y la suscripción del convenio con la CTA; que desde el 1° de octubre de 2016, se encontraba en tratamiento médico y recomendaciones laborales que fueron conocidas por la CTA GENERAR; que el 18 de noviembre de 2016, GENERAR dio por terminado el contrato sin que mediara justa causa; que al momento del despido no se le canceló la liquidación correspondiente ni la indemnización por despido injusto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, AVICOLA MILUC, AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S., MIRIAM LUNA CRISTANCHO y ADELMO LUNA CRISTANCHO. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestaron que no son ciertos. Propusieron como excepciones las de pago, falta de

causa para demandar, inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, buena fe, mala fe del demandante y cumplimiento de todas las obligaciones legales por parte de las demandadas (fls. 398 a 421).

Mediante auto del 7 de febrero de 2020, el Juzgado aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda, respecto de la demandada ASOCIACION NACIONAL SINDICAL GREMIAL DE TRABAJADORES ASOCIADOS DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – ASOCTA (fl. 595).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y aportes al sistema de seguridad social en pensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el señor Omar Augusto Sánchez Morales identificado con la cédula de ciudadanía número 93.383.842 en calidad de trabajador y las demandadas Agro Avícola Mañanitas S.A.S y Avícola Miluc S.A.S fungiendo como empleadoras, que se ejecutó desde el 20 de mayo de 2015 hasta el 18 de noviembre de 2016, el cual terminó por despido sin justa causa. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada Agro avícola mañanitas S.A.S y Avícola Miluc S.A.S a pagar al demandante Omar Augusto Sánchez Morales los siguientes montos y conceptos, literal: A) auxilio cesantías \$5.988.889, B) intereses a las cesantías \$391.274, C) vacaciones \$600.000, D) primas de servicio \$3.655.556, E) indemnización por despido \$5.325.926, F) indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1.990 \$36.533.333, G) indemnización moratoria artículo 65 del código sustantivo del trabajo \$96.000.000, más los intereses moratorios desde el día 19 de

noviembre de 2018 hasta el 24 de febrero de 2019, calculado sobre el monto de las prestaciones sociales adeudadas a la tasa dispuesta en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, H) aportes a la Seguridad Social en pensión deberán ser liquidados por la Administradora Colombiana de Pensiones con base en esa sentencia, para que el ingreso base de cotización, sea reajustado a cuatro millones de pesos en los periodos comprendidos durante toda la relación de trabajo, desde el 20 de mayo de 2015 hasta el 18 de noviembre del año 2016, para lo cual se deberá acudir a COLPENSIONES, para que efectúe el cálculo de intereses y capital correspondiente a pagar por esos conceptos, I) la indexación de los valores por vacaciones y por indemnización por despido sin justa causa, desde el 19 de noviembre del año 2016, hasta que se efectúe el pago de estos emolumentos, acudiendo para ello los índices de precios al consumidor. **TERCERO: DECLARAR** a la demandada Generar Cooperativa de Trabajo Social solidariamente responsable del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, condenada en el literal G) del numeral segundo de la presente sentencia. **CUARTO: DECLARAR** probado pago parcial conforme a lo considerado en la parte motiva, representado en el título depósito judicial número 400100005984723 consignado en favor del demandante, por valor de \$3.068.944, así como probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto a los demandados Miriam Luna Cristancho y Adelmo Luna Cristancho y no probadas las demás alegadas. **QUINTO: ABSOLVER** a los demandados Miriam Luna Cristancho y Adelmo Luna Cristancho de las pretensiones de la demanda y a los restantes demandados de las que no fueron acogidas. **SEXTO: CONDENAR** en costas del proceso a la parte demandada y en favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho los montos de 3 millones de pesos a cargo de cada una de las demandas, Agroavícola Mañanitas S.A.S y Avícola Miluc S.A.S; y de \$1.500.000 a cargo de Generar Cooperativa de Trabajo Asociado; y condenar en costas al demandante y en favor de los demandados Adelmo Luna Cristancho y Miriam Luna Cristancho, teniendo como agencias en derecho, el valor de medio salario mínimo legal mensual vigente en favor de cada uno de ellos.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y AVICOLA MILUC y AGROAVICOLA MAÑANITAS. Para resolverlo indicó que en virtud del principio de la realidad sobre las formas, se advierte que si bien el actor se vinculó a las demandadas a través de diversas Cooperativas de Trabajo Asociado, lo cierto es que éstas actuaron como simples intermediarios, en cuanto las pruebas del expediente acreditan con suficiencia que el actor prestaba sus servicios de manera personal a dichas empresas y recibía las órdenes y directrices necesarias para ejecutar su labor como veterinario, por parte de estas avícolas. Señaló que al no encontrarse acreditado que el actor hubiere recibido el pago de sus prestaciones sociales procede la condena al pago de la mismas, junto con la sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Adicionalmente, encontró acreditado que la terminación del contrato del actor se dio sin que mediara una justa y por ello condenó al pago de la indemnización. Sobre la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dijo que el demandante no probó que tuviera una afectación en su salud que le impidiera desarrollar de manera normal sus funciones y por ello no es procedente el reconocimiento de este derecho.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que debe dictarse condena por la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y para el efecto debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que no es necesario acreditar la condición de discapacitado o inválido de una persona que ha sido despedida por razón de sus condiciones de salud, y por ello no puede exigirse un dictamen de pérdida de capacidad laboral, y lo único que debe acreditarse es una merma en el estado de salud de la persona. Estima que dentro del expediente existe prueba suficiente de que el demandante se encontraba en un tratamiento

médico y menos de 30 días antes de la fecha de terminación del contrato había estado incapacitado. Sobre la condena de la indemnización moratoria, señaló que el juez determina que la condena corre hasta el 24 de febrero de febrero de 2019, justificando esta fecha de corte en que es la data para la cual la demandada constituyó título judicial en favor del demandante, y no tuvo en cuenta al efecto que la Cooperativa demandada nunca notificó o comunicó al actor sobre la existencia de dicho título para que el dinero quedara a disposición de su poderdante.

Por su parte el apoderado de la parte **DEMANDADA** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el demandante tenía la calidad de socio gestor dentro de la Cooperativa, pues éste tenía mando y dirigía varias personas asociadas. Señala que está demostrado que los salarios siempre fueron cancelados por las Cooperativas, que los aportes a seguridad social eran realizados por éstas, y ello es prueba de que el demandante aceptaba la forma de vinculación que tenía, tanto así que él mismo solicitó su vinculación como asociado y aceptó las condiciones al momento de suscribir el contrato asociativo. Dice que en el caso del actor no existió ningún despido, pues esta figura no se da en los contratos asociativos de Cooperativas, y además lo que se dio fue una reestructuración en cuanto la empresa donde se desarrollaban las actividades finalizó el contrato con la Cooperativa, y finalmente lo que procedía para el asociado era retirarse o esperar un nuevo contrato, que incluso después de esta situación el demandante nunca volvió pese a las reiteradas comunicaciones que se le enviaron.

Solicita que se decrete la prescripción de todo porque el actor nunca la interrumpió, nunca pidió el reconocimiento de los derechos que reclama en este proceso, y es claro según la jurisprudencia, que el trabajador debe notificar al empleador si pretende suspender el término de prescripción.

Aduce que no puede condenarse al pago de cesantías, porque las Cooperativas en su momento realizaron el pago de dicho derecho

porque no se generó la obligación de consignación y no puede realizarse un doble pago por el mismo concepto. Sobre la indemnización moratoria señaló que no existió mala fe por parte de la Cooperativa y que además fue el demandante quien no volvió a presentarse para realizarle el pago de su liquidación. Agrega que las Avícolas no podían incurrir en mala fe porque en su entender, nunca existió una relación laboral con el demandante y nunca tuvieron obligación laboral alguna con éste.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones para solicitar que se confirmen las condenas impuestas y se conceda la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado de las demandadas solicita que se revoque la decisión de primera instancia y para ello reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre el demandante y AVICOLA MILUC y AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. existió un contrato de trabajo, en dado caso verificar la forma de terminación del contrato, la procedencia del pago de cesantías, indemnización moratoria y verificar si el demandante era beneficiario del fuero de salud previsto en la Ley 361 de 1997, a la fecha de terminación del contrato. También se establecerá si operó la excepción de prescripción.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante fue trabajador asociado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GENERAR desde el 1° de agosto de 2016 hasta el 18 de noviembre de 2016 (fls. 194 a 201 y 227); **ii)** que entre el 20 de mayo de 2015 y el 30 de julio de 2016, el actor estuvo vinculado a través de la CTA ASOCIACION NACIONAL SINDICAL GREMIAL DE TRABAJADORES – ASOCTA (fls. 24 a 28, 67 a 81 y 168).

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y los artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 10° del Decreto 4588 de 2006, que regula el trabajo asociado.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo: el que presta un trabajador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral); y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte, al cual no se aplica la legislación laboral. Sobre esta última modalidad, alegada por la parte demandada, se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la validez de la estipulación normativa que excluyó al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, precisando sin embargo y claramente, que esta forma de vinculación no puede utilizarse de *“manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas”* (Sentencia radicación 25713 del 6 de diciembre de 2006, SL3436-2021 SL1058-2022, SL164-2022).

Por ello, la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias en contra de las personas naturales o jurídicas que fungieron como verdaderos empleadores del trabajador asociado, por haber sido los beneficiarios del servicio personal y haber ejercido en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral. En la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia anteriormente referida, se adoctrinó que no puede considerarse legal el trabajo de un trabajador asociado a terceros cuando se ejerce subordinación por parte del tercero beneficiario del servicio, por cuanto la relación existente entre la cooperativa y el trabajador asociado debe estar desprovista de subordinación estrictamente laboral, en cuanto la relación no se rige por un contrato de trabajo (artículo 59 Ley 79 de 1988), y porque la delegación de la subordinación a un tercero se predica de otro tipo de relaciones jurídicas como la que surge entre una empresa de servicios temporales y una empresa usuaria.

Así las cosas y dada la vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado no se presta en favor de un tercero sino de la cooperativa, y la subordinación la ejerce ésta, la excepción normativa cobra vigencia. Pero cuando el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y quien ejerce la dirección y subordinación de la relación, como ocurrió en el caso bajo estudio, es el tercero, se debe aplicar la legislación laboral que regula las prestaciones sociales mínimas del trabajador y las indemnizaciones que surgen del contrato de trabajo, utilizando al efecto bajo el principio constitucional del contrato realidad. Lo dicho, resulta coincidente con la prohibición prevista en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Luego, una vez reunidos los tres elementos del contrato de trabajo (servicio personal, subordinación y remuneración) éste existe y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen (artículo 23 del CST); y para hacer efectiva esta disposición normativa, el artículo 24 del mismo código, estableció una presunción legal de la cual se derivan consecuencias procesales.

Por ello en procesos como el que nos ocupa, dada la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, al demandante que alega su ocurrencia le bastará con demostrar la prestación de servicios personales en favor del demandado, pues la carga de desvirtuar el hecho presunto (la subordinación) corresponde a éste, para lo cual deberá aportar al proceso evidencia de la cual se pueda obtener certeza judicial sobre autonomía técnica y directiva del contratista en el servicio ejecutado; es decir evidencia clara de ausencia de subordinación. Este elemento del contrato de trabajo implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

Con las reglas anteriores y una vez revisado el expediente la Sala encuentra clara evidencia de la prestación de servicios personales del demandante en favor de las demandadas AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, en los extremos definidos por el juez de primera instancia. De este hecho, según se dijo, se presume la existencia de un contrato de trabajo; presunción que no fue desvirtuada por las demandadas.

Es evidencia de lo anterior: **i)** la copia del convenio de trabajo autogestionario suscrito por el demandante con GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, donde consta que el demandante fue trabajador asociado de dicha Cooperativa desde el 1° de agosto de 2016 y se desempeñó como director de Reproductoras en AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. (fls. 194 a 201); **ii)** la copia del convenio de asociación suscrito entre el demandante y GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO el 1° de agosto de 2016 (fls. 202 a 205); **iii)** correo del 20 de mayo de 2015, que remite Miriam Luna (representante legal de AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S.) al demandante, donde le informa que su período de prueba se cumple el 19 de julio de 2015 (fl. 24); **iv)** memorando de AVICOLA MILUC del 1° de junio de 2015, dirigido al demandante y donde se le hace entrega de la dotación (fl. 25); **v)** memorando de AGROAVICOLA MAÑANITAS del 5 de junio de 2015, dirigido al demandante y donde se realiza entrega del vehículo de placas SXM 258, para realizar las actividades

diarias de la compañía (fls. 26 a 28); **vi**) correos entre el demandante y funcionarios de Avícola Miluc entre el 18 de julio de 2015 y el 10 de junio de 2016, relacionados con instrucciones de funcionamiento de las granjas, citaciones a capacitaciones, reuniones y comités en las instalaciones de AVICOLA MILUC y AGROAVICOLA MAÑANITAS (fls. 29 a 69); **vii**) intercambio de correos entre el área de recursos humanos de AVICOLA MILUC, ASOCTA, GENERAR y el demandante, relacionados con el personal de la Avícola Miluc y Agroavícola Mañanitas vinculado a través de las Cooperativas referidas (fls. 67 a 102 y 111 a 136, 143 a 150, 154, 159 a 166).

Así mismo, es relevante el dicho del representante legal de AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. (Cd. 4, audio 2, min. 16:34), quien manifestó que el objeto social de la empresa está relacionado con el engorde y levante de las gallinas reproductoras y que los empleados de la empresa eran contratados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado. En el mismo sentido se manifestó la representante legal de AVICOLA MILUC (Cd. 4, audio 2, min. 43:57), quien refirió que el objeto social de dicha empresa es producir y comercializar pollo, que entre ambas empresas solo tienen 30 empleados en nómina, que son quienes realizan labores administrativas, y el resto que ejercen labores en las granjas son vinculados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, que el demandante estuvo vinculado inicialmente mediante la Cooperativa ASOCTA y posteriormente se vinculó a través de PROSPERAR y se desempeñaba como veterinario.

El representante legal de PROSPERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO (Cd. 4, audio 2, hora 01:09:47), refirió que la Cooperativa se dedica a realizar procesos y subprocesos de AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, para ello envían personal; que el demandante inició con la Cooperativa ASOCTA el 20 de mayo de 2015 y posteriormente migró a GENERAR; que prestaba servicios como veterinario y que éste siempre fue asociado de las Cooperativas. Señaló que la vinculación del actor finalizó por una reestructuración o finalización del contrato con AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, que después de eso el

demandante debía esperar a ser ubicado en otro proceso, pero no regresó y por esa razón no fue posible pagar la liquidación en tiempo.

También obra la declaración de MAURICIO ALBERTO MAYORGA (Cd. 4, audio 3, min.8:26), quien manifestó haber trabajado con el demandante aproximadamente durante un año en AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC como trabajadores en misión, que era director de producción y supervisaba las labores del demandante en las granjas, dijo que los pagos siempre los realizaba la Cooperativa, así como las terminaciones de contrato; que en el caso del demandante el contrato finalizó porque empezó a tener atrasos en el esquema de vacunación de las pollitas que estaban en levante y eso generaba perjuicios a las avícolas.

A su vez JHON JAIRO ACOSTA ORTIZ (Cd. 4, audio 3, hora 01:20:37), señaló en su declaración que estuvo trabajando para AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC a través de diferentes temporales y Cooperativas, que el demandante se desempeñaba como veterinario de las granjas reproductoras de las avícolas, que estaban asociados a una Cooperativa pero siempre prestaban servicios en favor de las avícolas. Señaló que el demandante era su jefe o quien ejercía el control sobre su labor en las granjas y que siempre prestaban el servicio en favor de dichas empresas, que generalmente los pagos los realizaban las Cooperativas, pero en algunas ocasiones los pagos les eran realizados en efectivo en las oficinas de AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, ubicadas en la ciudad de Bogotá.

JUAN PABLO SOLER HENAO (Cd. 4, audio 3, hora 02:32:41), manifestó que conoció al demandante en AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, pues era el que manejaba el tema relacionado con las aves, que en dichas empresas la vinculación de los empleados se realizaba a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, tales como ASOCTA y GENERAR, que fue la última a través de la cual los vincularon; que con estas Cooperativas firmaban los contratos, pagaban la seguridad social y la nómina, aunque en una época les

pagaron en efectivo en las instalaciones de la avícola. Señaló que MIRYAM LUNA y ADELMO LUNA, eran los dueños de las empresas, que ellos como empleados, incluyendo al demandante que se desempeñaba como veterinario, tenían reuniones con ellos, porque eran quienes daban las directrices relacionadas con el manejo de las granjas, y en general las instrucciones de lo que se debía realizar. Señaló que, durante la vinculación, debían renunciar en una temporal o Cooperativa para ser vinculados por medio de otra, que eran los de la empresa quienes redactaban las cartas de renuncia y la secretaria de la avícola era quien les daba las instrucciones de la nueva vinculación.

Una valoración conjunta de las pruebas referidas, permite concluir, que el demandante prestaba sus servicios como veterinario a AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, e independientemente que la vinculación se realizara a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, lo cierto es que los servicios personales siempre se prestaron en favor de las empresas referidas, quienes además eran los que suministraban al demandante su dotación e impartían órdenes e instrucciones a través de correos o en reuniones, sobre la laboral que se desempeñaba. En casos como este, no puede entenderse que el demandante era un trabajador autogestionario de la Cooperativa, como lo aduce el apoderado de las demandadas, pues de las pruebas aportadas lo único que se deduce es la existencia de la prestación de un servicio subordinado en favor AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, quienes asumían la dirección, coordinación y en general ejercían subordinación sobre el trabajador, en cuanto al modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

Precisa la Sala además, como ya se dijo, que la demandada no desvirtuó la existencia del elemento subordinación y por el contrario las pruebas aportadas demuestran claramente que los servicios del demandante se prestaron bajo subordinación de AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC, quienes fueron los verdaderos empleadores, relación en la cual no se probó que GENERAR

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO y la ASOCIACION SINDICAL GREMIAL DE TRABAJADORES ASOCIADOS DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – ASOCTA (excluida del litigio por desistimiento de la parte demandante) hubieren obtenido beneficio alguno por la actividad del trabajador, por lo que en realidad fungieron como un intermediario, figura ésta que no pueden ejecutar estas entidades según lo dispone el artículo 17 del decreto 4588 de 2006, que a la letra dice:

“Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes (...).”

Así las cosas, el Tribunal, aplicando el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en asuntos del trabajo, confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y las demandadas AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC.

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

Definida la existencia del contrato de trabajo, la Sala estudiará el argumento de apelación expuesto por el apoderado de la parte demandada, relacionado con la terminación del contrato. Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido, en punto a las justas causas de terminación del

contrato de trabajo, que el empleador no está obligado a citar la norma en que se adecuan los hechos aducidos como fundamento de la terminación del contrato de trabajo, pero sí está obligado a expresar con claridad los hechos concretos que fundamentan su decisión y no podrá con posterioridad, aducir razones distintas a las planteadas inicialmente para la terminación del contrato (SL 16219-2014 y SL 005-2019).

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el apoderado de la demandada manifiesta en el recurso de apelación que la terminación del contrato no se dio sin justa causa porque este tipo de finalización del vínculo no está prevista para los contratos asociativos de las Cooperativas de trabajo Asociado; sin embargo, como se definió, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, el actor estuvo vinculado mediante un contrato de trabajo con las demandadas AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC.

De acuerdo a la anterior precisión, se observa a folio 227, memorando remitido por GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, donde se le informa al demandante que a partir del 18 de noviembre de 2016, por razones de reestructuración, no tendrá dentro de sus procesos el cargo que tenía asignado en las empresas usuarias. Documento que a juicio de la Sala no contiene una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, ni tan si quiera menciona los hechos en que hubiere podido incurrir el trabajador para disponer la finalización del vínculo, lo que da lugar al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, tal como lo definió el juez de primera instancia, en decisión que en lo pertinente será confirmada.

- **Estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o

finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que en vigencia del precitado decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

El actual concepto de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las

personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de

su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver este punto de la controversia que se plantea en segunda instancia, siendo relevante precisar, conforme los antecedentes normativos expuestos, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, corresponde a la parte demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, esto es, que sufría de una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limitó o impidió su capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la

sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, que conforme lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó sustancialmente su capacidad de trabajo.

Para el efecto, solamente se allegó copia de la historia clínica del actor (fls. 219 a 225), donde consta que el día 1° de octubre de 2016, fue atendido por un dolor en el miembro inferior derecho por una posible alteración venosa y se le recomendó no manejar más de una hora seguida y hacer pausas y estiramientos. Ningún otro documento relacionado con el estado de salud del actor fue aportado al expediente.

De los documentos referidos se deduce que el demandante durante el curso de la relación laboral no tuvo afectaciones en la salud o diagnóstico de patología alguna, lo único que demuestra el documento aportado es que en una oportunidad (1° de octubre de 2016), el demandante consultó al médico por un dolor en su pierna derecha, no obstante, de este solo documento no se advierte la existencia de diagnóstico o concepto médico alguno que dé cuenta de algún padecimiento.

En este orden de ideas, no es posible establecer ni siquiera que el actor hubiere tenido alguna condición de salud especial al momento en que se terminó el contrato de trabajo, y menos aún la existencia de una afectación que imposibilitara o limitara sustancialmente el desarrollo de sus funciones con normalidad.

Resulta oportuno precisar, para responder el argumento de apelación de la parte demandante, que no cualquier afectación en la salud causa la aplicación del fuero de estabilidad ni conlleva a concluir que una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta. No es posible, a juicio del Tribunal, definir que el demandante se encontraba en el estado de debilidad que aduce el apoderado en el recurso, del extracto de historia clínica donde solo consta que consultó al médico por dolor en la pierna derecha, pues como se dijo, la

existencia o aplicación del fuero que aquí se estudia, solo podría definirse si se demuestra una afectación de salud que impida o limite la capacidad de trabajo, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio.

Así las cosas, es claro para la Sala que el demandante no probó la situación que a él le correspondía para trasladar la carga de la prueba a la parte demandada respecto de que la terminación del contrato no obedeció a un trato discriminatorio generado por la condición de salud del trabajador, en esos términos el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó esta pretensión, precisando al efecto, que si bien la terminación del contrato se dio sin justa causa, esta forma de terminación del contrato está definida como una facultad legal del empleador, y como se dijo, no está acreditado que el demandante sufriera afectaciones en su salud que impidieran el cumplimiento de sus funciones, para entender que se trataba de una decisión discriminatoria.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver lo pertinente, los artículos 488 y 489 del CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPT y de la SS. Conviene precisar que tratándose de las vacaciones, el término de prescripción es de cuatro años, pues el trabajador puede exigir las un año después de haberse causado; y respecto del auxilio de cesantías, el cual se puede exigir a la fecha de terminación del contrato de trabajo, dicho término inicia a correr desde la finalización del vínculo laboral (Sentencias SL16528-2016, SL5019-2021 y SL3678-2021).

Revisado el expediente, no obra prueba de que el demandante hubiere realizado reclamación alguna de sus derechos a las demandadas, no obstante, interrumpió el término de prescripción el día 11 de enero de 2019, con la presentación de la demanda (fl. 317). Así las cosas, operó la excepción de prescripción respecto de las primas de servicio causadas con anterioridad al 11 de enero de 2016. Sobre las vacaciones y las cesantías que se causaron durante la relación laboral no operó la excepción propuesta.

Así las cosas, y dado que el juez de primera instancia declaró no probada esta excepción, se modificará en este sentido el numeral cuarto de la sentencia apelada y se modificará el literal *d)* del numeral segundo de la sentencia, para definir que el valor correspondiente a las primas de servicio causadas entre el 11 de enero de 2016 y el 18 de noviembre de 2016, corresponde a la suma de \$1.411.111. Precisa la Sala, que para obtener este valor se tuvo en cuenta que el juez de primera instancia definió en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso, que el salario devengado por el actor durante el término de la relación laboral corresponde a la suma de \$4.000.000, y al valor total de las primas causadas durante el periodo referido (\$3.411.111), se descontó la suma de \$2.000.000, pago que acreditó haber realizado la demandada (fl. 561) y que también fue tenido en cuenta por el juez de primera instancia.

- **Sobre el Pago de las Cesantías**

Pasa ahora la Sala a resolver el siguiente aspecto de la controversia, para definir si la demandada acreditó el pago de las cesantías al demandante. Al efecto conviene precisar, que el artículo 99 de la ley 50 de 1990, establece que el empleador debe consignar el valor de las cesantías del trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente, en el fondo de cesantías que elija el trabajador.

Una vez revisado el expediente, se advierte que a folio 546 obra un comprobante de nómina donde se hace referencia a un pago por concepto de cesantías al demandante, no obstante, no existe prueba de que el dinero allí referido se hubiera consignado de manera efectiva al

fondo de cesantías al cual se encuentra afiliado el actor, ni siquiera se advierte de dicho documento que el dinero hubiere sido cancelado al demandante y por ello no puede tenerse en cuenta como pago por este concepto. Cosa distinta ocurre con la liquidación obrante a folio 547 del expediente, donde consta que al actor se le pagó por concepto de cesantías causadas entre el 1° de enero de 2016 y el 31 de julio de 2016, la suma de \$2.333.333.

Sobre esto último, conviene precisar que no podía el juez de primera instancia, omitir la compensación correspondiente de este pago, con el argumento de que tal dinero no había sido cancelado por quienes fungieron como verdadero empleador del actor, pues lo cierto es que con la cancelación de tal dinero se cumplió la obligación de cancelar parte de la cesantía que le correspondía al demandante por el año 2016, y a juicio de la Sala no resulta pertinente ordenar un doble pago por una prestación ya cubierta, que entre otras cosas, tampoco debía ser consignada en el fondo de cesantías, en tanto la relación laboral finalizó en noviembre del año 2016.

Por lo anterior, se descontará de la suma liquidada por el juez de primera instancia por concepto de cesantías, el valor equivalente a \$2.333.333, suma que fue pagada al demandante (fl. 547), por ello se modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia para definir que el valor que debe cancelar la demandada por este concepto corresponde a la suma de \$3.655.556.

- Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Para este último efecto, el mismo artículo 65 define en el numeral 2°, el trámite que debe agotar el empleador para cumplir con sus obligaciones mediante el pago por consignación ante el Juez del trabajo o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, trámite que solo concluye cuando el trabajador conoce el pago efectuado y tiene a disposición los valores depositados. En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para definir que cuando el empleador realiza el pago de las acreencias al trabajador a través de un pago por consignación, no basta con que éste consigne lo debido, pues tiene la obligación de informar al trabajador sobre la existencia del título y el juzgado donde puede retirar el dinero, dice la Corte, si el empleador no obra de esta forma se entiende que actuó de mala fe (sentencia SL2175-2022, SL793-2022 y SL 4948-2020).

Con el anterior soporte normativo y jurisprudencial, y revisado el expediente, la Sala advierte que la demandada constituyó un título judicial a favor del demandante por el valor de \$3.069.944 el 4 de abril de 2017 (folio 424), el cual fue puesto a disposición del juzgado correspondiente el 25 de febrero de 2019, fecha en que fue asignado al Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales (fl. 422), no obstante, no obra prueba de que tal información se hubiera puesto en conocimiento del actor para que se acercara a realizar el trámite respectivo y efectuara el cobro del dinero. Luego, el único momento en que el demandante pudo tener conocimiento de la existencia del título fue a partir del 9 de septiembre de 2019 (fl. 422), fecha en que se radicó

ante el juzgado, junto con la contestación de la demanda, los soportes que dan cuenta de la existencia de dicho pago por consignación.

En consecuencia, y dado que el empleador no probó la existencia de hechos que justificaran la demora en el pago de los derechos causados a favor del actor en la fecha de extinción del vínculo, ni agotó oportunamente los procedimientos reglados para el efecto antes del 9 de septiembre de 2019, es claro que incurrió en mora sancionable de conformidad con las disposiciones vigentes y debe pagar la respectiva indemnización que corre desde la fecha de terminación del contrato, esto es, 18 de noviembre de 2016 hasta el 9 de septiembre de 2019, como se explicó precedentemente. Como el juez de primera instancia definió que la indemnización corre hasta el 24 de febrero de 2019, se impone modificar la decisión en lo pertinente, teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la parte demandante sobre este aspecto, para establecer que el valor de la indemnización moratoria que debe pagar la demandada corresponde a la suma de \$134.799.663 (salario mensual \$4.000.000, salario diario \$133.333; $1.011 \text{ días} * 133.333 = 134.799.663$).

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación presentado por la parte demandada, que no es posible tener como razón justificativa de su conducta de abstención del pago de lo debido, que el demandante no se presentara ni tuviera conocimiento de su paradero, pues dentro del expediente obra correo electrónico enviado por el demandante a la demandada el día 14 de enero de 2017, donde solicita la expedición de una certificación laboral (fl. 427), de ahí se obtiene que la demandada sabía donde ubicar al actor, y hacerle saber del pago de sus acreencias, a través del título de depósito judicial. Por ello, no puede entender la Sala que la conducta de la parte hubiere estado revestida de buena fe, pues aun sabiendo donde comunicar al actor la existencia del título, no lo hizo.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los literales a), d) y g) del numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, los cuales quedaran de la siguiente forma: **a)** CONDENAR a AGROAVICOLA MAÑANITAS S.A.S. y AVICOLA MILUC S.A.S. a pagar al demandante la suma de \$3.655.556 por concepto de cesantías; **d)** \$1.411.111 por concepto de primas de servicio; **g)** \$134.799.663 por concepto de indemnización moratoria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia para declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2017-00634-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDADA** contra la sentencia del 09 de julio de 2021 del Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó al pago del 100% de la mesada adicional de junio y en proporción a una mesada pensional convencional, ordenó el pago de \$10.970.434 por diferencias de la mesada 14 causadas de 2013 a junio de 2021 y a partir de 2022 una mesada adicional en cuantía completa y condenó en costas a la **DEMANDADA** (33:51 archivo “AUD. ORD. 11001310501720170063400_20210709_205237” carpeta “VIDEOS AUD. 09-07-2021”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 165 a 177 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).**

HUMBERTO HERNÁNDEZ LENIS solicitó declarar que la **DEMANDADA** no consideró todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, ni pagó la mesada adicional de junio; en consecuencia, ordenar el pago de la reliquidación indexada de la pensión, incrementos anuales, retroactivo indexado, mesada adicional de junio, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que laboró por más de 20 años con el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO luego BANCO SANTANDER hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, entre el 11 de enero de 1972 y el 27 de diciembre de 1995. Aseguró que la **DEMANDADA** reconoce una pensión convencional de jubilación a sus trabajadores de 55 años si son varones y tengan 20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución, o sus trabajadores que reúnen 30 años de servicios sin importar la edad, a su vez, la sentencia SL10641 de 2014 indicó que la fórmula señalada en la convención no atiende los principios legales ni constitucionales y aplicó como tasa el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato, sin perjuicio de optar por la pensión del artículo 260 CST por favorabilidad, mientras que las sentencias T-954 de 2013 y T463 de 2013 obligaron a la **DEMANDADA** a indexar la primera mesada de la pensión convencional y la sentencia C-862 de 2006 declaró condicionalmente exequible el artículo 260 CST en el sentido que el salario base debe ser actualizado.

Aseguró que para liquidar su pensión debía considerarse el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos constitutivos de salario, los ajustes por bonificaciones de retiro, entre otros, siendo su último sueldo básico de \$340.488 y devengó en el último año de servicios \$3.428.169 por salarios, \$500.000 y \$521.856 por bonificación extralegal mesada diciembre, \$431.010 por bonificación extralegal mesada junio, \$6.365 por remuneración por trabajo nocturno, \$132.452 por subsidio de transporte, \$20.000 por bonificación adicional de diciembre, \$574.680 por prima de vacaciones, \$164.096 por vacaciones extralegales, \$155.599 por vacaciones extralegales en tiempo, \$21.000.000 por bonificación por antigüedad, \$410.000 por bonificación de retiro, por tanto, recibió por bonificaciones extralegales \$23.916.058, que sumadas a su salario dan un total de \$27.344.227, equivalente a un promedio mensual de \$2.278.685, siendo el 75% \$1.709.013 y no \$1.284.004 como consideró el Banco, además, la pensión de jubilación reconocida el 02 de agosto de 2006 fue de solo 1 SMLMV y no por los

\$4.778.484 como corresponde, además, la **DEMANDADA** siempre pago 14 mesadas anuales, incluyendo la mesada adicional de junio, pero apenas el **DEMANDANTE** cumplió 60 años en 2009 fue subrogado al RPM en 2010, instante a partir del cual dejó de percibir la mesada adicional de junio, incumpliendo la **DEMANDADA** su obligación adoptada en la conciliación del 28 de diciembre de 1995 de pagar la diferencia que resulte luego del reconocimiento de la pensión legal de vejez.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 282 a 296 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).**

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó el tiempo de servicio del **DEMANDANTE** y que el Banco reconoce una pensión de jubilación, el valor del último sueldo básico, el valor recibido por bonificación extralegal mesada adicional de diciembre y junio, subsidio de transporte, bonificación adicional de diciembre, prima de vacaciones, vacaciones extralegales, que pagó 14 mesadas anuales de la pensión de jubilación. Indicó que el **DEMANDANTE** laboró del 11 de enero de 1972 al 27 de diciembre de 1995, que mediante acuerdo transaccional del 28 de diciembre de 1995 el Banco efectuó el reconocimiento temporal de una pensión convencional de vejez mientras el ISS reconocía la pensión de vejez, prestación convencional que se pagó desde el 02 de agosto de 2006 una vez cumplidos 55 años.

Aseguró que mediante el proceso ordinario laboral 2008-311 el **DEMANDANTE** solicitó la indexación de la primera mesada, siendo absuelto el Banco por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Palmira, sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga revocó tal fallo y condenó a la indexación, sentencia en la cual se analizó la base de la pensión, por lo cual hay cosa juzgada respecto tal punto y en todo caso la convención establece que el valor de la pensión convencional se liquida sobre el salario básico, sin que los conceptos reclamados en la demanda tenga naturaleza salarial y, en todo caso,

la reliquidación de la primera mesada que ordenó el fallo del Tribunal ya la pagó la **DEMANDADA**.

Informó que mediante la Resolución 128860 del 13 de diciembre de 2011, el ISS reconoció la pensión legal de vejez desde el 02 de agosto de 2011 por \$1.097.227, quedando a cargo del Banco una diferencia de “2.35.965, siendo reliquidada la pensión legal con la Resolución GNR277032 del 28 de octubre de 2013, lo cual redujo la diferencia, siendo por segunda vez reliquidada mediante Resoluciones GNR252757 del 20 de agosto de 2015 y GNR356453 del 11 de noviembre de 2015, tras lo cual el **DEMANDANTE** inició el proceso ordinario laboral 2016-382 ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira reclamando la reliquidación de su pensión legal de vejez, lo cual generó un pleito pendiente. Interpuso las excepciones previas de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (33:51 archivo “AUD. ORD. 11001310501720170063400_20210709_205237” carpeta “VIDEOS AUD. 09-07-2021”).

El 09 de julio de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cosa juzgada y cobro de lo no debido, propuestas por la DEMANDADA, según las razones aducidas y DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la de prescripción, respecto de las mesadas adicionales causadas hasta el año 2012, según las consideraciones señaladas. SEGUNDO: DECLARAR que la demandada ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. tiene la obligación de reconocer en un 100% la mesada adicional de junio a favor del demandante señor HUMBERTO HERNÁNDEZ LENIS, identificado con la C.C. 16.250.162, en proporción a una mesada pensional convencional. TERCERO: CONDENAR a ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., a pagar al demandante señor HERNÁNDEZ LENIS, la suma de \$10'970.434 por concepto de diferencia de la mesada 14, causadas entre los años 2013 a junio de 2021 y a partir del año 2022 una mesada adicional en cuantía completa, según las razones señaladas. CUARTO: ABSOLVER a la DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR EN

***COSTAS** a la DEMANDADA en proporción del 70%. En firme esta providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$1'000.000 moneda corriente (...)*".

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar el IBL de la pensión de jubilación convencional y la procedencia de las pretensiones.

Para resolver consideró que no hay controversia de que el **DEMANDANTE** es pensionado de la **DEMANDADA** en virtud de la pensión extralegal reconocida en acta de conciliación de diciembre de 1995, prestación que se reconoció considerando el artículo 54 de la CCT, norma que establece el valor de la pensión en un porcentaje del sueldo básico devengado en el año anterior sin tener en cuenta bonificaciones, exclusión que no puede modificar o interpretar el Juez en un sentido distinto al acordado entre las partes, por lo cual no es viable incluir los factores alegados en la demanda, aclarando que la **DEMANDADA** en todo caso consideró como IBL un valor superior al promedio de los sueldos básicos devengados en el año anterior.

En cuanto la mesada adicional de junio o mesada 14, indicó que la misma se extendió a todas las pensiones en virtud de las sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995, por lo cual es reconocida por la **DEMANDADA**, sin embargo, el Banco señaló que tal mesada fue subrogada por la pensión legal de vejez, no obstante, la Resolución GNR199477 del 06 de julio de 2016, señala que tal pensión se reconoció desde el 02 de agosto de 2011, fecha posterior al límite señalado en el Acto Legislativo 1º de 2005 para causar la mesada 14, por tanto, no fue reconocida en la pensión legal y por ende no es válida la subrogación alegada por la **DEMANDADA** y condenó al pago indexado de la diferencia de la mesada 14 en el valor señalado por el Banco del año 2013 a 2021 y a partir del 2022 ordenó su pago de manera completa, a la vez que declaró prescritas las diferencias anteriores porque la prescripción se interrumpió con la reclamación del 25 de agosto de 2016.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDADA** solicitó revocar la condena. Indicó que se debe diferenciar entre la fecha de causación de la pensión legal de vejez y su fecha de disfrute, por tanto, si bien **COLPENSIONES** reconoció dicha prestación desde el 02 de agosto de 2016, lo cierto es que el trabajador adquirió el 24 de julio de 2011 la pensión, por lo cual no perdió la mesada 14 con ocasión del Acto legislativo 1º de 2005, discusión que en todo caso se encuentra en sede judicial por la demanda del **DEMANDANTE** contra **COLPENSIONES** en la cual solicita el pago de la mesada 14, por ende, cualquier eventual omisión de **COLPENSIONES** en el pago de la mesada 14 no puede generar una carga a la **DEMANDADA**, quien siempre actuó de buena fe, por ello se debe revocar la condena, en todo caso, la reclamación del **DEMANDANTE** realizada al Banco no incluyó solicitud de pago de la mesada 14, por lo cual la prescripción se interrumpió solo hasta la radicación de la demanda, de otra parte, la indexación carece de fundamento porque se usó indebidamente el IPC, lo cual causó una desproporción y la parte resolutive del fallo no indicó el valor total de la indexación (36:14 archivo “AUD. ORD. 11001310501720170063400_20210709_205237” carpeta “VIDEOS AUD. 09-07-2021”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo, porque no se consideró la excepción de pleito pendiente derivada del proceso judicial donde se discute si **COLPENSIONES** debe pagar la mesada 14 de la pensión legal de vejez, que cursa en el proceso 2016-382 ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, además en el proceso 2008-311 ya se resolvió de fondo sobre las pretensiones bajo estudio y no se requería adelantar el actual proceso, ya que la pensión de jubilación a cargo de la **DEMANDADA** es compartible y su monto variará según el resultado del proceso 2016-382, sin que se pueda alegar que el Banco tiene el

valor de asumir en su integralidad el monto de la mesada 14 ya que solo debe asumir la diferencia entre la mesada de la pensión de vejez y de la pensión de jubilación; en caso de confirmarse la condena, solicitó declarar que la prescripción no se interrumpió en 2016. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena a la **DEMANDADA** a reconocer y pagar la diferencia de la mesada 14 causada entre la pensión legal de vejez y la pensión convencional de jubilación, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **HUMBERTO HERNÁNDEZ LENIS** nació el 02 de agosto de 1951, conforme lo señalado en la Resolución 128860 del 13 de diciembre de 2011 (Pág. 404 a 409 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”); *ii)* entre el **DEMANDANTE** y la demandada BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, se celebró conciliación ante el MINISTERIO DE TRABAJO el 28 de diciembre de 1995, por la cual la **DEMANDADA** se obligó a reconocer al **DEMANDANTE** una pensión de jubilación desde el cumplimiento de los 55 años, en los términos señalados en el artículo 54 y siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo vigente a la fecha de la conciliación, prestación que será pagada hasta que sea asumida total o parcialmente por el ISS, quedando obligada la **DEMANDADA**

únicamente a pagar la diferencia que resulte entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación (Pág. 394 a 396 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó al pago del 100% de la mesada adicional de junio y en proporción a una mesada pensional convencional, ordenó el pago de \$10.970.434 por diferencias de la mesada 14 causadas de 2013 a junio de 2021 y a partir de 2022 una mesada adicional en cuantía completa y condenó en costas a la **DEMANDADA**.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas. Señaló que se debe diferenciar la fecha de causación y la fecha de disfrute de la pensión de vejez, por tanto, a pesar de que el reconocimiento fue el 02 de agosto de 2016, el trabajador adquirió el derecho desde el 24 de julio de 2011 y en consecuencia no perdió el derecho a la mesada 14 por el Acto legislativo 1º de 2005, discusión que se encuentra en sede judicial por la demanda que interpuso el **DEMANDANTE** contra **COLPENSIONES**, sin que la eventual omisión de la Administradora en el pago de la mesada 14 genere efectos adversos al Banco, quien siempre actuó de buena fe, en todo caso, la prescripción de las diferencias por la mesada 14 se generó hasta la radicación de la demanda, así mismo, la condena a la indexación carece de fundamento porque se usó indebidamente el IPC y ello generó una desproporción, sin que la parte resolutive del fallo señalé el valor total de la indexación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, advirtiendo la Sala que no considerará la inconformidad relativa a la cosa juzgada elevada por el apoderado de la **DEMANDADA** en sus alegatos de segunda instancia, por cuanto se trata de un asunto que no fue oportunamente alegado en la sustentación del recurso de apelación, lo cual impide a esta Corporación emitir pronunciamiento alguno al respecto, en virtud del principio de consonancia consagrado en el

artículo 66A CPTSS, el cual limita la competencia del Superior las materias objeto del recurso de apelación, sin que sea válido incluir con posterioridad temas que no fueron presentados en la sustentación oral del recurso.

Realizada la anterior advertencia, advierte la Sala que en el presente asunto no se discute el carácter compartido de la pensión extralegal de jubilación que reconoció la **DEMANDADA** a favor del **DEMANDANTE** con ocasión de la conciliación del 28 de diciembre de 1995 (Pág. 394 a 396 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).

Así las cosas, las partes acordaron que una vez el **DEMANDANTE** alcanzara la edad de 55 años, la **DEMANDADA** le pagaría una pensión extralegal de jubilación, en los términos acordados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para 1995, advirtiendo el Banco que pagaría dicha prestación hasta que fuera asumida total o parcialmente por el ISS, quedado obligada la **DEMANDADA** únicamente a pagar la diferencia entre la pensión legal de vejez y la extralegal de jubilación.

Fue así como mediante la Resolución 128860 del 13 de diciembre de 2011, el extinto ISS reconoció al **DEMANDANTE** la pensión legal de vejez, a partir del 02 de agosto de 2011, advirtiendo la Administradora que el afiliado acreditó que nació el 02 de agosto de 1951 y cotizó 1491 semanas entre el 11 de enero de 1972 al 30 de julio de 2011, cumpliendo los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional (Pág. 404 a 409 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).

El análisis de los precitados elementos de prueba permite concluir, sin lugar a duda, que la **DEMANDADA** se obligó al pago de una mesada de jubilación convencional a partir del cumplimiento de los 55 años por el **DEMANDANTE**, lo cual ocurrió el 02 de agosto de 2006, fecha para la cual estaba vigente el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dado el monto de la mesada pensional, norma que consagró la mesada adicional de junio, denominada coloquialmente como

mesada 14, a favor de, entre otros, los pensionados de jubilación del sector privado, por tanto, no existe duda alguna de que la **DEMANDADA** está obligada al reconocimiento de dicha mesada.

A tal punto la **DEMANDADA** es consciente de su obligación de pagar la mesada adicional de junio al **DEMANDANTE** que revisado el histórico de pagos de la pensión extralegal de jubilación, se acredita el pago de la precitada mesada 14 para los meses de junio de los años 2007 a 2011 (Pág. 111 a 118 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”)

Desde el reconocimiento de la pensión legal de vejez por el ISS a partir del 02 de agosto de 2011, la **DEMANDADA** empezó a reconocer en los meses de junio de cada año desde 2012 únicamente la diferencia entre la mesada de la pensión legal de jubilación de \$1.324.707 y la pensión legal de vejez reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES, no obstante, no hay ninguna prueba de que la administradora del RPM haya reconocido efectivamente la mesada 14, por el contrario, es muy probable que no reconociera dicha mesada adicional porque la fecha de causación de la pensión fue el 02 de agosto de 2011 y no el 24 de julio de 2011 como alegó el apoderado de la DEMANDADA, ya que el extrabajador no cumplió los 60 años exigidos en el Decreto 758 de 1990 en julio de 2011 sino en agosto de 2011 porque nació el 02 de agosto de 1951, tal y como se indica en las Resoluciones 28860 del 13 de diciembre de 2011 y GNR 199477 del 06 de julio de 2016 (Pág. 398 a 401 y 404 a 409 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”).

Así las cosas, no le asiste razón al apoderado de la **DEMANDADA** en su argumento de que no es agosto de 2011 la fecha de causación de la pensión legal de vejez, por ende, para dicha data, ya estaba vigente la prohibición del Acto Legislativo 1º de 2005 para reconocer la mesada 14, motivo por el cual se rechaza la súplica elevada en el recurso de apelación.

En cuanto la inconformidad relativa a la fecha de interrupción de la prescripción, es incorrecta la afirmación del apoderado de la

DEMANDADA de que el **DEMANDANTE** no solicitó el pago de la mesada 14 en el reclamo escrito que radicó al Banco el 25 de agosto de 2016, tal y como se observa en el numeral 4 de tal petición (Pág. 101 a 102 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”), motivo por el cual no es procedente acceder a al suplica de considerar que la prescripción se interrumpió con la radicación de la demanda, advirtiendo la Sala que si bien la mesada adicional de junio de 2013 esta prescrita, tal hecho no fue objeto de recurso de apelación y por ende no se modificará la condena impartida por la mesada 14 de dicha anualidad.

De otra parte, advierte esta Corporación que en la liquidación de la condena al pago de las diferencias por mesadas adicionales de junio de 2013 a 2021, la liquidación efectuada por el *a quo* consideró los valores de la mesada de la pensión de jubilación ordenados en la Resolución 128860 del 13 de diciembre de 2011, sin considerar que el monto de dicha pensión se reliquidó mediante las Resoluciones GNR 277032 del 28 de octubre de 2013, GNR 280574 del 10 de agosto de 2014, GNR 252757 del 20 de agosto de 2015 y GNR 356453 del 11 de noviembre de 2015 (Pág. 398 a 401 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITAL”), sin embargo, la Sala no emitirá ningún pronunciamiento al respecto por cuanto la situación descrita no fue alegada en la sustentación del recurso de apelación por el apoderado de la **DEMANDADA**.

En cuanto el último motivo de reproche, a saber, la presunta aplicación indebida de la indexación por el uso inadecuado del IPC por el *a quo*, no advierte esta Sala que el Juez haya hecho uso inadecuado de la fórmula de indexación, por cuanto ordenó tener como IPC inicial el del mes siguiente a la causación de cada mesada adicional de junio y como IPC final el del mes en que se efectuó el pago, orden acorde a derecho (29:16 archivo “AUD. ORD. 11001310501720170063400_20210709_205237” carpeta “VIDEOS AUD. 09-07-2021”), motivo por el cual se confirmará dicha condena.

Sin perjuicio de lo anterior y habida cuenta que en la parte resolutive del fallo no se hizo mención de la indexación, a fin de dar

claridad respecto el alcance de la condena, la Sala adicionará el respectivo numeral de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

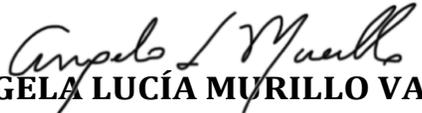
PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido señalar que el pago de las condenas impuestas en dicho numeral debe hacerse de manera indexada, tomando como IPC inicial el del mes siguiente a la causación de la mesada adicional de junio ordenada y como IPC final el del mes en que la **DEMANDADA** realice el pago, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR todos los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2019-00113-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 31 de mayo de 2021 del Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de las pretensiones y condenó en costas la **DEMANDANTE** (31:35 archivo “19.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 11 archivo “004Demanda”).**

FABIOLA CORTES CARDONA solicitó condenar a **COLPENSIONES** a su pensión de vejez desde el 1° de mayo de 2012, retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de abril de 1950, que tiene régimen de transición por edad y cumplió 55 años en 2005. Señaló que su historia laboral registra 670 semanas cotizadas, con inconsistencias y periodos no corregidos por la Entidad, con anotaciones como “*pago aplicado a periodos anteriores*” o “*pago incompleto*”, sin que el extinto ISS usara sus facultades de cobro.

De otra parte, aseguró que sufrió un problema de cedula con dos números asignados: 41.525.539 y 41.652.492, último erróneo, situación que solucionó la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. Fue así como GIST FASHION profirió certificado laboral del 25 de mayo de 1989 al 07 de junio de 1996, usando el número de cédula erróneo, periodo que no aparece en su historia laboral. Aseguró que de corregirse la historia laboral, tendría 1032 semanas, por tanto, tendría derecho a la extensión del régimen del transición hasta 2014 y por tanto, tendría derecho a la pensión de vejez conforme el Decreto 758 de 1990, la cual reclamó el 17 de agosto de 2018, petición que negó **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 288626 del 02 de noviembre de 2018.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo “007ContestacionDeDemanda”).**

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su derecho a la transición pensional por edad y que negó la solicitud de reconocimiento. Indicó que no se acreditan semanas cotizadas más allá de las registradas en la historia laboral de la afiliada, por lo cual no cumple los requisitos exigidos para reclamar la pensión. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (31:35 archivo “19.1Audiencia”).

El 31 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito denominada inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuesta por la parte demandada y relevarse del estudio de las demás excepciones. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda impetrada por

*la señora FABIOLA CORTES CARDONA, de conformidad con las anteriores consideraciones. **TERCERO. CONDENAR** en costas en instancia a la parte DEMANDANTE como se indicó en la parte considerativa. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme el régimen de transición y demás pretensiones.

Para resolver consideró que si bien la H. CSJ ha sostenido que el trabajador no debe sufrir las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de aportes a pensión y se acreditan periodos en la historia laboral que figuran en mora y la administradora no ejerció acciones de cobro, no se acredita para dichos periodos la existencia de una relación laboral, porque solo se allegó la historia laboral y nada más, por lo cual no los consideró, así mismo, si bien se aportó una certificación laboral a favor de la **DEMANDANTE** con su número de cédula erróneo, lo cierto es que no se demostró la afiliación por dicha relación, ausencia que no equivale a mora del empleador porque no se puede exigir a la administradora cobrar aportes por una relación laboral de la que no es notificada. Así las cosas, no consideró las semanas reclamadas, por ende, la afiliada no acreditó que a la entrada en vigencia del Acto legislativo 1° de 2005 tuviera 750 semanas, por lo cual su derecho a transición finalizó el 31 de julio de 2010, instante para el cual no tenía las semanas cotizadas necesarias.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a sus pretensiones. Indicó que no se tuvo en cuenta las 360 semanas cotizadas con el número de cédula erróneo, relación que certificó el empleador, por tanto, dichas semanas al sumarse con las otras 670 semanas registradas en su número de cédula correcto acreditan más de 1000 semanas, por tanto, si tiene derecho a la pensión de vejez y, en todo caso, se debe ordenar a **COLPENSIONES** realizar el respectivo cálculo actuarial por el periodo de 1989 a 1996, el cual se acredita que sí lo laboró (32:23 archivo “19.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, porque la historia laboral adolece de inconsistencias que no han sido corregidos, además, por un problema de doble cedula es necesario considerar la certificación laboral de GIST FASHION del 25 de mayo de 1989 al 07 de junio de 1996, con lo cual reúne más de 1000 semanas cotizadas. Agotado el término, la apoderada de **COLPENSIONES** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la **DEMANDANTE** reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional, de acuerdo con las semanas cotizadas que alega a su favor, conforme el objeto del recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i*) la demandante **FABIOLA CORTES CARDONA** nació el 06 de abril de 1950 (Pág. 17 archivo “004Demanda”); *ii*) la **DEMANDANTE** presentó doble cedula, siendo asignado el número 41.652.492 y 41.525.539, por tanto, la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a través de la Resolución 0456 del 25 de febrero de 1986, canceló el número 41.652.492 y determinó que para todos los efectos legales el correcto

número de identificación es 41.525.539 (Pág. 24 y 25 archivo “004Demanda”).

En el presente asunto, la *a quo* declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de las pretensiones y condenó en costas la **DEMANDANTE**.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y considerar las 360 semanas cotizadas a favor de su poderdante, las cuales fueron certificadas por su empleador pero con el número incorrecto de cédula, que sumadas con las otras semanas registradas en su historia laboral acreditan más de 1000 semanas cotizadas, por lo cual tiene derecho a la pensión de vejez, en todo caso, **COLPENSIONES** debe efectuar el cálculo actuarial por el periodo de 1989 a 1996, el cual se demostró que si se laboró.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- **Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe

asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual solo a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** reclama que las inconsistencias en la historia laboral y cedulação no afecten el presunto derecho pensional de la afiliada, alegando que el trabajador dependiente no debe sufrir las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de los aportes a pensión.

Así las cosas, observa esta Sala que la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 22 de marzo de 2018, registra numerosos periodos en mora del empleador, no obstante, el apoderado de la **DEMANDANTE** no aportó elementos de prueba que acrediten la existencia de las relaciones laborales señaladas en dicho documento, ya que se limitó a allegar simplemente la historia laboral. (Pág. 19 a 23 archivo “004Demanda”).

La precitada falencia probatoria, impide a esta Sala tener certeza de que la demandante **FABIOLA CORTES CARDONA** prestó, efectivamente, su servicio personal por los periodos registrados como en mora del empleador, duda que se fortalece al considerar que durante el presunto periodo en mora del empleador JULIO ARCESIO GÓMEZ RAMÍREZ, del 1º de enero de 1980 al 31 de diciembre de 1994, lapso de 14 años que registra otras afiliaciones simultaneas con los empleadores PATY CLER LTDA., PATCHA LTDA. y AURELIA IBARRA PÉREZ, sin que exista prueba de que la afiliada haya sido trabajadora dependiente de varios empleadores al mismo tiempo.

La falta de certeza de la relación laboral, impide aplicar la regla jurisprudencial de la mora del empleador, por cuanto la misma requiere la total ausencia de duda en la prestación efectiva del servicio, motivo por el cual no es viable acceder a las suplicas de considerar los periodos en mora del empleador para efectos pensionales, tal y como se ha señalado en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

De otra parte, no hay mérito para acceder a la súplica de la parte apelante de considerar como semanas válidas las correspondientes al periodo señalado en la certificación de GIST FASHIONS, documento en el cual se identificó a la **DEMANDANTE** con la CC 41.652.492, el cual fue cancelado por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL mediante la Resolución 0456 del 25 de febrero de 1986 (Pág. 24 y 25 archivo “004Demanda”), tal y como pasa a exponerse.

En primer lugar, **COLPENSIONES** aportó copia de la historia laboral de la **DEMANDANTE** bajo la CC 41.652.492, la cual no registra ni una sola semana cotizada, lo cual acredita que bajo dicho número de identificación no reposa ninguna novedad relativa a afiliación y pago de aportes al Sistema General de Pensiones (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1521-20190613110318” carpeta “12.1Anexos”).

Simultáneamente, se allegó la historia laboral de la **DEMANDANTE** bajo la CC 41525539, único número de identificación válido después del ajuste que realizó la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, en la cual no se registra la presunta relación laboral sostenida con el empleador GIST FASHIONS (Pág. 19 a 23 archivo “004Demanda”).

Así las cosas, ni con el número de identificación cancelado, como tampoco con el número de identificación vigente de la **DEMANDANTE**, registra la presunta relación laboral con GIST FASHIONS, lo cual impide considerar el plazo señalado en la certificación como semanas válidas para efectos pensionales, ya que la regla jurisprudencial de la mora del empleador requiere la afiliación al Sistema General de Pensiones, ya que de no existir novedad de ingreso y afiliación no se puede reprochar a la administradora de pensiones la falta de acciones de cobro respecto una relación que no conoce, tal y como ocurre en el caso bajo estudio.

De otra parte, si bien la H. CSJ ha sostenido el alto valor probatorio de las certificaciones expedidas por un empleador, al punto de señalar que los hechos en ellas descritos se tienen por probados salvo prueba contundente en contra, tal y como reiteró recientemente en las sentencias SL1588 de 2022, SL1738 de 2022 y SL1839 de 2022, lo cierto es que no hay ninguna prueba de que la persona que firma dicho documento, en efecto sea el representante legal de la compañía, incluso, ni siquiera existe prueba de la existencia jurídica de la presunta compañía, de la cual no se aportó ni siquiera su certificado de existencia y representación legal.

Por todo lo anteriormente considerado, no es posible considerar el presunto periodo laborado a favor de GIST FASHIONS para los efectos pensionales reclamados, periodo que solo podrán ser considerados en el evento que se efectúe el pago del cálculo actuarial correspondiente, asunto que no fue objeto del litigio bajo estudio.

Así las cosas, desechados todos los puntos de inconformidad señalados en el recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, no queda opción distinta que confirmar el fallo apelado. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2019-00720-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 22 de octubre de 2021 del Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó la devolución de la CAIP sin descuento de gastos de administración, corregir la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (36:35 archivo “AUD. ORD. 11001310501720190072000 SENTENCIA_20211022_162235”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 21 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”).**

MARÍA CONSUELO BUSTOS BARAJAS solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado de la RPM al RAIS y que permanece en el RPM; ordenar a la AFP devolver el saldo de su CAIP, actualizar su historia laboral en el RPM, condenas ultra y extra petita y costas.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 21 de abril de 1958, que se afilió al ISS el 15 de febrero de 1977, que en octubre de 2002 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP

que nunca le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el valor de su mesada es RAIS sería \$1.012.702 y en el RPM de \$2.627.570. El 22 de agosto de 2019 radicó a **COLPENSIONES** solicitando la nulidad o ineficacia del traslado pensional, mientras que el 25 de agosto de 2019 solicitó a la AFP dichas pretensiones, peticiones que fueron negadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación al ISS y posterior traslado al RAIS y que negó la solicitud de declarar nulo o ineficaz dicho traslado. Indicó que no hay mérito para acceder a las pretensiones, porque el traslado al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, voluntad que ratificó con más de 17 años de permanencia y sin nunca hacer uso de la facultad de traslado al RPM, el cual no procede por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad para cumplir con las pretensiones y la genérica (Pág. 84 a 99 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que negó la petición de la **DEMANDANTE**. Indicó que brindó asesoría a la **DEMANDANTE**, explicando las características de cada régimen pensional, sus diferencias y el alcance de la decisión de traslado, tras lo cual la afiliada expuso su voluntad libre e informada de afiliarse a la AFP, dejando constancia por escrito de ello en el formulario de afiliación, por ende, no hubo omisión en la información brindada y la inconformidad económica con el monto de la eventual mesada no constituya causal de nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Interpuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, falta de

prueba de la causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento a la presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica (Pág. 172 a 19 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (36:35 archivo “AUD. ORD. 11001310501720190072000 SENTENCIA_20211022_162235”).

El 22 de octubre de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las DEMANDADAS, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora MARÍA CONSUELO BUSTOS BARAJAS, identificada con cédula de ciudadanía 41.774.711 al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por COLFONDOS S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora BUSTOS BARAJAS se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su retorno, sin solución de continuidad, según las consideraciones precedentes. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la vinculación de la DEMANDANTE, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, incluyendo los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio, según lo analizado. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúe COLFONDOS S.A., a favor de la DEMANDANTE, y a convalidarlos en la historia laboral respectiva para el efecto de la suma de semanas a que haya lugar. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las DEMANDADAS, en firme esta sentencia por secretaria practíquese la liquidación, incluyéndose agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 moneda corriente. SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior, una vez concluya la audiencia. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado de régimen pensional es nulo o ineficaz y viabilidad de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que el cumplimiento diligente del deber de información lo debe acreditar la AFP, quien no aportó siquiera el formulario de afiliación, por ende, no hay prueba de una asesoría clara sobre las características de los regímenes pensionales y consecuencias del traslado, por lo declaró la ineficacia del traslado y ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento de gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que el deber de información de las AFP ha tenido diferentes etapas, por eso, su cumplimiento se debe verificar considerando la normativa vigente sin imponer requisitos no previstos al momento del traslado, porque ello vulnera los principios de legalidad y debido proceso, sin que **COLPENSIONES** deba asumir la carga de la prueba de un acto en el cual no participó, de otra parte, a la **DEMANDANTE** se le brindó la información y si bien tal hecho no se materializó de forma física, ello no implica la ausencia de aquella, limitándose **COLPENSIONES** a respetar el derecho de libre escogencia, sin que pueda retornar al RPM por la restricción por edad y porque la afiliada libre y voluntariamente se afilió al RAIS (39:10 archivo “AUD. ORD. 11001310501720190072000 SENTENCIA_20211022_162235”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por ser acorde con el material probatorio recaudado y la jurisprudencia aplicable. Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo, porque los elementos de prueba demuestran que el traslado al RAIS fue libre y voluntaria, no se

demuestra vicio del consentimiento, se brindó toda la información al afiliado, no se pueden imponer a las AFP obligaciones del deber de información no vigentes a la fecha del traslado, no procede la carga dinámica de la prueba y acceder al traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera. Agotado el término, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARÍA CONSUELO BUSTOS BARAJAS** nació el 21 de abril de 1958 (Pág. 22 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS desde el 15 de febrero de 1977 al 17 de julio de 1987 (carpeta “EXP ADTIVO F-108”); **iii)** la

DEMANDANTE se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** en octubre de 2002, afiliación que reconoce la AFP al contestar la demanda (Pág. 172 a 19 archivo “2019-720 CON SENTENCIA”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó la devolución de la CAIP sin descuento de gastos de administración, corregir la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que el deber de información ha tenido varias etapas y su cumplimiento se debe verificar considerando la norma vigente sin imponer requisitos no previstos al momento del traslado, que **COLPENSIONES** no debe asumir la carga de la prueba de un acto en el cual no participó, que se brindó a la **DEMANDANTE** la información sin que la materialización de ello implique la ausencia de asesoría, que **COLPENSIONES** se limitó a respetar el derecho de libre escogencia y no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y porque la afiliación al RAIS fue libre y voluntaria.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente

las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, consagró la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM

por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del

Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita ya que ni siquiera se aportó el formulario de afiliación, por tanto, es razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio relativo a haber sido plenamente asesorada sobre los regímenes de pensiones y las consecuencias de su traslado, por cuanto se limitó a indicar que el asesor de **COLFONDOS S.A.** se limitó a diligenciar el formulario, vinculación que la empresa donde laboraba al momento del traslado le ofreció a la afiliada.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación de **COLPENSIONES** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que aquella siempre estuvo afiliada al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de **COLPENSIONES** de declarar que la **DEMANDANTE** de manera y libre ha permanecido en el RAIS,

porque el traslado de AFP, el no ejercicio de derecho de retracto y la no solicitud de retorno al RPM antes de la restricción por edad no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y del riesgo financiero que asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se aclarará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que la **AFP DEMANDADA** deberá reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES**

puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

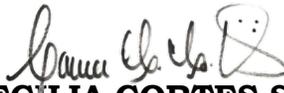
TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO BUSTOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2019 00720 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22-2019-00687-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 25 de junio de 2021 del Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y el subsecuente traslado de AFP, ordenó la devolución del saldo de la CAIP, declaró válida la afiliación al RPM condenó en costas a las AFP (45:05 y 58:10 archivo “01Audiencia” carpeta “*videos*”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 115 a 136, 141 archivo “Blanco y negro2062”).**

MANUEL METALVO MUÑOZ MORENO solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, ordenar la devolución del saldo de su CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de abril de 1958, se afilió al ISS el 09 de noviembre de 1984 y cotizó 552,29 semanas, que el 1° de octubre de 2004 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el 29 de julio

de 2005 se afilió a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, omisión en que también incurrió el ISS hoy **COLPENSIONES**. Aseguró que **PORVENIR S.A.** le indicó que su mesada en el RAIS sería \$828.116, mientras que en el RPM sería de \$2.100.361, por tanto, solicitó el 28 de mayo de 2019 nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, solicitud que también radicó a **COLPENSIONES** el 29 de mayo de 2019, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su afiliación y semanas cotizadas al ISS. Manifestó que no le constan las condiciones en que se dio el traslado de régimen pensional, pero el formulario de afiliación acredita que tal decisión fue libre, consciente y espontánea. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 189 a 230 archivo “*Blanco y negro2062*”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Señaló que fue otra AFP la que efectuó el traslado de régimen pensional y no le constan las circunstancias en que se realizó dicho acto, posteriormente, en 2005 el **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.**, momento en que recibió una asesoría suficiente y completa sobre las condiciones de ambos regímenes pensionales, de lo cual quedó constancia por escrito en el formulario de afiliación, sin que para dicha época estuvieran vigentes los deberes de hacer

comparaciones y explicar las consecuencias del traslado señalados en los Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y en la Ley 1748 de 2015. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 189 a 264 archivo “*Blanco y negro2062*”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad. Indicó que el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS el 14 de septiembre de 2004, instante en el cual recibió una asesoría sobre las características de cada régimen, las circunstancias favorables de cada uno y proyecciones pensionales verbales respectivas, tras lo cual el afiliado tomó la decisión informada de pertenecer al RAIS, decisión que ratificó con sus años de permanencia en el sistema, en los cuales nunca manifestó inconformidad alguna o su deseo de retornar al RPM, sin que deberes exigidos a partir de la Ley 1748 de 2014 sean exigibles de manera retroactiva, por lo cual no hay causal de nulidad o ineficacia del traslado. No interpuso excepciones (Pág. 273 a 291 archivo “*Blanco y negro2062*”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (45:05 y 58:10 archivo “01Audiencia” carpeta “videos”).

El 25 de junio de 2021, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor MANUEL METALVO MUÑOZ MORENO CC. 11.378.530 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 03 de agosto de 1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR, fondo al que se encuentra afiliado el DEMANDANTE, traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado precedentemente. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. remitan a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la

*aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a las AFP en la suma de 1 smlmv a cargo de cada una. **SEXTO:** en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, CONSÚLTESE a su favor ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral. (...)*”

“(...) Corrijo porque una de las dos fechas me quedó mal, la primera fecha, la del traslado de COLPENSIONES a PROTECCIÓN fue el 14 de septiembre del año 2004, pero la segunda fecha que se dijo en las consideraciones de la sentencia es la correcta, es decir, el traslado que se efectuó de PROTECCIÓN a PORVENIR fue en el año 2005, exactamente el 29 de julio del año 2005 (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS es nulo y la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP no demostraron el cumplimiento diligente del deber de información, asesoría y buen consejo, porque solo aportan los formularios de afiliación que por sí mismos no acreditan tal cumplimiento, por tanto, declaró ineficaz el traslado pensional y ordenó retornar el saldo de la CAIP sin deducción de gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver comisiones y gastos de administración. Indicó que son cobros autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en ambos regímenes y la buena gestión de la AFP generó rendimientos, por lo que devolver aquellos y también los gastos de administración es un enriquecimiento sin justa causa, recibiendo **COLPENSIONES** valores no destinados a financiar la pensión, además, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 no señala que en un traslado de régimen deban devolverse los gastos de administración, los cuales son prescriptibles al no financiar la pensión (46:47 archivo “01Audiencia” carpeta “videos”).

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que se aplicó la inversión de la carga de la prueba sin considerar que el **DEMANDANTE** no renunció a ningún beneficio pensional con su traslado de régimen y el deber de información, en su primera etapa, se limitaba a advertir la posible pérdida de beneficios, de otra parte, los formularios de afiliación, que son documentos auténticos no tachados, desvirtúan el dicho del afiliado y por el contrario convalidan su voluntad de estar en el RAIS junto con sus años de permanencia en dicho sistema. Por último, indicó que devolver los rendimientos y gastos de administración desconoce las restituciones mutuas, además, son cobros legales conforme la Ley 100 de 1993 (49:50 archivo “01Audiencia” carpeta “videos”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que el **DEMANDANTE** no estaba exonerado de su deber de informarse sobre las consecuencias del cambio de régimen, ni tenía disminuida su capacidad para celebrar contratos, siendo negligente en el uso de los medios para retractarse o rescindir su afiliación a las AFP porque dejó pasar 15 años sin acción alguna, además, la sentencia C-242 de 2009 establece la primacía del interés general sobre el particular para proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pero el fallo impone a **COLPENSIONES** a futuro pagar la pensión del **DEMANDANTE**, quien solo tuvo ahorro individual sin colaborar en la financiación del RPM, sin que su ahorro financie su pensión (59:16 archivo “01Audiencia” carpeta “videos”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia, por ser acorde a derecho y a las pruebas practicadas. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada con CC 51.713.048 y TP 67.612 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustitutiva de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque el afiliado no hizo

uso del derecho de retracto, tiene restricción de retorno al RPM y no hay prueba de los hechos alegados que dan pie a la ineficacia del traslado, condena que afecta la sostenibilidad financiera y, en caso de confirmarse el fallo, solicitó ordenar a **PORVENIR S.A.** entregar todos los valores recibidos por la afiliación. El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se acredita causal de nulidad, no es aplicable el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no procede la ineficacia del artículo 899 CCO, el formulario de afiliación es un documento público autentico, la AFP brindo asesoría, el afiliado no usó el retracto y con sus años de permanencia ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, sin que sea viable invertir la carga de la prueba, en caso de no revocarse el fallo, solicitó revocar la condena a gastos de administración, ya que no son restitución mutua y generan un enriquecimiento sin justa causa. Agotado el término, el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP SANTANDER hoy

PROTECCIÓN S.A. y posterior traslado de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **MANUEL METALVO MUÑOZ MORENO** nació el 20 de abril de 1958 (Pág. 5 archivo “*Blanco y negro2062*”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 09 de octubre de 1984 al 30 de abril de 2002 y cotizó 552,29 semanas (Pág. 69 a 74 archivo “*Blanco y negro2062*”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 14 de septiembre de 2004, efectivo desde el 1° de noviembre de 2004 (Pág. 265 y 292 archivo “*Blanco y negro2062*”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 29 de julio de 2005, efectivo desde el 1° de septiembre de 2005, AFP donde permanece vinculado y donde reúne 1273 semanas a mayo de 2019 (Pág. 67, 75 y 265 archivo “*Blanco y negro2062*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y el subsecuente traslado de AFP, ordenó la devolución del saldo de la CAIP, declaró válida la afiliación al RPM condenó en costas a las AFP.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver comisiones y gastos de administración. Indicó que son cobros autorizados por la Ley 100 de 1993, que devolver simultáneamente los gastos y rendimientos es un enriquecimiento sin justa causa, además, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 no indica que en un traslado se deban devolver los gastos de administración, recibiendo **COLPENSIONES** valores no destinados a financiar la pensión, los cuales son prescriptibles.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que se invirtió la carga de la prueba sin considerar que el **DEMANDANTE** no renunció a ningún beneficio pensional al momento del traslado porque no los tenía, limitándose el deber de información en su primera etapa a advertir la posible pérdida de beneficios, además, los formularios de afiliación desvirtúan el dicho del **DEMANDANTE**, documentos auténticos que no fueron desconocidos y que acreditan, junto con los años de permanencia, la voluntad de estar en el RAIS, finalmente, devolver rendimientos y gastos de administración desconoce las restituciones mutuas y además son cobros autorizados por la Ley 100 de 1993.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que el **DEMANDANTE** no estaba exonerado de informarse sobre las consecuencias del traslado, no tenía disminuida su capacidad para celebrar contratos y fue negligente por más de 15 años en el uso de los medios para retractarse o rescindir su afiliación a las AFP, además, la sentencia C-242 de 2009 establece la primacía del interés general sobre el particular para proteger la sostenibilidad financiera del sistema, la cual afecta el fallo porque **COLPENSIONES** debe pensionar a un afiliado que solo hizo ahorro individual, el cual no es suficiente para financiar la pensión y que nunca colaboró con el RPM.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*,

dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM

por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del

Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditan con solo aportar el formulario de afiliación, por tanto, es razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, si bien el **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que no recibió ninguna asesoría, tal aspecto no constituye ningún tipo de confesión a favor de las **DEMANDADAS** y la mera manifestación escrita realizada en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar una asesoría completa y oportuna sobre los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, sin que en el expediente las **DEMANDADAS** aporten ninguna prueba de haber cumplido tal asesoría.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE** y subsecuente traslados de AFP, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** de considerar que EL **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se aclarará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018;

SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.**

con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MANUEL METALVO MUÑOZ MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2019 00687 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2019-00152-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 09 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas y llamada en garantía de las pretensiones y condenó en costas a la parte **DEMANDANTE** (01:03:21 archivo “47.7Audiencia9marzo21”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a x archivo “003Demanda”).**

TATIANA MILENA BELEÑO ROPERO, NORIS POLO GALVIS, EDINSON NICOLÁS CONTRERAS POLO, LORENA ISABEL CONTRERAS POLO y JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO, último que actúa en nombre propio y de los menores **NATALY ANDREA CONTRERAS MUÑOZ, TALIANA MICHEL CONTRERAS BELEÑO, ADRIANO JOSÉ CONTRERAS MUÑOZ y SANTIAGO ANDRÉS CONTRERAS MUÑOZ** demandaron a **DRUMMOND LTD.**

Los **DEMANDANTES** piden declarar que entre **DRUMMOND LTD.** y **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** existió un contrato de trabajo entre el 20 de mayo de 2010 y el 19 de julio 2017; que su último salario promedio fue \$5.347.155 y culpa del empleador en la

aparición de la enfermedad laboral “*dorsolumbalgia*”, que generó daños a los **DEMANDANTES**; por tanto, condenar a pagar \$156.784.619 a **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** por perjuicios materiales, indexado y con intereses; cien (100) SMLMV al trabajador y sus hijos menores, madre y compañera permanente por perjuicios morales, con intereses; cien (100) SMLMV por daño a la vida de relación y daños a la salud al trabajador, con intereses; condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señalan que entre **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** y **DRUMMOND LTD.** hubo contrato de trabajo para el cargo *operador de camión* en las minas *el descanso y pribbenow* ubicadas en la vereda La Loma del municipio de El Paso – Cesar, con un horario de 12 horas diarias, diurnas o nocturnas según turno, de las cuales 9,13 horas eran de operación del equipo y solo 50 minutos para ir y volver al comedor y almorzar, sin que el Análisis de su Puesto de Trabajo describa programación de pausas activas fisioterapéuticas para prevenir o mitigar riesgos laborales. Afirmó que en el examen de ingreso, la resonancia de columna no detectó hallazgos patológicos y quedó apto sin restricciones.

Manifiesta que el 21 de enero de 2011, sufrió accidente de trabajo en el camión 2360, al salir una roca del balde de la pala y caer en la tolva, lo cual causó dolor de espalda por movimiento brusco del equipo y por ello asistió a la división médica del empleador, a la cual regresó el 16 de marzo de 2011 por dolor en su espalda baja de 3 días de evolución *lumbago no especificado*. El 02 de diciembre de 2012, sufrió un segundo accidente de trabajo por vibración intensa de equipo, que causó dolor en brazo izquierdo y consultó a la división médica del empleador. El 08 de febrero de 2014 asistió a la división médica del empleador por dolor lumbar de intensidad leve a moderada por *lumbago no especificado* y se le declaró apto sin restricciones. El 28 de noviembre de 2014 acudió al servicio médico del empleador por dolor en espalda en varias ocasiones en el último mes. El 08 de julio de 2015 acudió a la división medica de su empleador por dolor en

región dorsal baja y lumbar por *contractura muscular* y se le declaró apto para laborar.

Agrega que el 25 de marzo de 2016, sufrió un tercer accidente de trabajo por movimiento de la cabina del equipo que causó dolor en la espalda y acudió a la división médica por dolor lumbar de intensidad moderada y la radiografía de columna halló *discopatía comprensiva L5-S1* y el 28 de marzo de 2016 lo valoró ortopedia y traumatología por frecuente dolor de espalda y cuello; finalmente, el 21 de julio de 2017 realizó RNM de columna lumbosacra con *discopatía por deshidratación L5-S1, abombamiento circunferencial del disco intervertebral L5-S1, sin repercusiones significativas en los calibres neuroforaminales del canal espinal, sinovitis interapofisaria posterior L5-S1.*

Aseguró que en los turnos de 6am a 6pm o 6:00pm a 6:00am, como operador de camión hizo el acarreo y transporte del carbón a zonas de cargue o material estéril producto de explosiones y removido por las palas o feeder en el descapote de los mantos de carbón y ubicarlos en sitios botaderos, estando 9,13 horas (580 minutos) diarias en posición sedente prolongada y con vibración de cuerpo entero por el equipo, que estaba prendido en el cargue y descargue, también vibración derivada del cargue y descargue de material por 230 toneladas, realizando 20 acarrees al día, 2 por hora, equivalentes a 40 desplazamientos en terreno irregular de y hacia los botaderos y zonas de cargue. Afirmó que el dictamen pericial del 02 de febrero de 2018, que aporta a la demanda, califica la *dorsolumbalgia* de origen laboral y con PCL del 12% y FE del 21 de julio de 2017, enfermedad que genera restricciones de movimiento en su columna lumbosacra.

Afirmó que **DRUMMOND LTD.** fue negligente, imprudente y no cumplió reglamentos de salud y prevención de enfermedad laboral porque: **i)** omitió descansos programados a intervalos a su trabajador; **ii)** no adoptó un programa de prevención del riesgo con terapias y ejercicios físicos para mitigar el riesgo; **iii)** admitió los riesgos de salud en exámenes periódicos y de egreso pero somete al trabajador a jornadas de más de 9 horas continuas de operación de equipo; **iv)** no

adoptó medidas ni restricciones pese el largo historial de valoración médica de dolor en espalda por posición sedente prolongada y el sedentarismo prolongado, movimiento cadera prolongado y vibraciones de cuerpo entero causan enfermedad laboral; **v)** la Guía de Atención Integral Basada en la Evidencia para el Dolor Lumbar Inespecífico y Enfermedad Discal, respecto la manipulación de carga y otros factores de riesgo en el trabajo (GAT-DLI-ED), indica que en labores con flexión y rotación lumbar y de tronco, el límite permisible es de 4 horas por jornada si no hay cambio postural y fija como factor de riesgo para dichas enfermedades la exposición a vibración por más de 10 horas por semana, límites que desconoció la empresa.

Por último, **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** nació el 20 de febrero de 1988, sufrió daños en su salud por limitación corporal, hace vida marital con **TATIANA MILENA BELEÑO ROPERO** desde hace más de 8 años, unión de la que nació **TALIANA MICHELL CONTRERAS BELEÑO**. Así mismo, la enfermedad profesional afectó moralmente y alteró gravemente las condiciones de existencia, diario vivir y relación del entorno familiar más cercano del trabajador, compuesto por sus hijos **NATALY ANDREA CONTRERAS MUÑOZ**, **TALIANA MICHELL CONTRERAS BELEÑO**, **ADRIANO JOSÉ CONTRERAS MUÑOZ**, **SANTIAGO ANDRÉS CONTRERAS MUÑOZ**, su compañera permanente y su madre **NORIS POLO GALVIS**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

DRUMMOND LTD. se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 20 de mayo de 2010 al 19 de julio de 2017, para el cargo de operador de camión, con turnos rotativos de 12 horas, que el examen médico de ingreso señaló apto sin restricciones, que hubo accidentes de trabajo el 21 de enero de 2011, 02 de diciembre de 2012 y 25 de marzo de 2016. Indicó que el salario a la fecha de terminación del contrato era de \$12.535 por hora, de otra parte, ninguna patología de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** es de origen laboral, porque

no hay ni calificación de origen ni de PCL en tal sentido por parte de las entidades de la seguridad social facultadas para ello.

Señaló que la empresa tomó todas las medidas para garantizar la salud ocupacional, seguridad y salud del trabajador, en elementos de trabajo y de protección, máquinas y equipos, con el cuidado propio de un buen padre de familia, por ello, el examen de egreso no indicó restricciones ni recomendaciones y la ARL no dictaminó enfermedad laboral ni brindó prestaciones por riesgos laborales, sin que haya prueba científica o técnica de culpa del empleador en el origen de las presuntas patologías descritas en la demanda, por lo cual no hay ningún perjuicio para indemnizar.

Aseguro que el trabajador laboró turnos rotativos de 12 horas, por 7 días de trabajo diurno por 3 días de descanso y 7 días de trabajo nocturno por 4 días de descanso, con 120 minutos para pausas programadas y no programadas en cada turno, para permitir la recuperación de fatiga del trabajador, periodos que eran autoprogramados por el trabajador dada la naturaleza operativa del cargo, siendo de su responsabilidad efectuarlos, de lo cual recibió capacitación y entrenamiento para el correcto desempeño del cargo, a su vez, el camión cumplió todos los estándares de confort ergonómico y su cabina tiene medidas de 130cm de ancho y 120 cm de profundidad, climatizada, tapizada en material aislante, con puertas con sello hermético, silla neumática tapizada, con ajuste de sientto y palanca de inclinación del cojín al ángulo deseado, palanca de ajuste longitudinal, perilla de altura de asiento, perrilla de suspensión del asiento, graduación a necesidades antropométricas y requerimientos del operario, junto con escaleras de acceso con pasamanos.

Aseguró que ninguno de los accidentes de trabajo generó restricción ni recomendación del trabajador, quien laboró con normalidad y solo después de su retiro alegó enfermedad, lo cual desvirtúa la relación de causalidad, al punto que el estudio del puesto de trabajo indicó que la postura estativa, pese ser superior a 120 minutos continuos, resulta leve, dentro de los ángulos de confort y no

es evidencia significativa de trauma acumulativo en columna lumbar, a su vez, los exámenes médicos periódicos y de egreso no evidenciaron hallazgos de afectaciones de salud a precaver y prevenir, al punto que **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** aparece como cotizante activo, lo que permite inferir que desarrolla su rol laboral en condiciones normales.

Interpuso las excepciones de inexistencia de nexo de causalidad entre el hecho y la culpa, inexistencia de culpa grave de mi representada, compensación, prescripción y la genérica (Pág. 1 a 14 archivo “021ContestacionDeDemanda”).

Mediante auto dictado en oralidad el 28 de julio de 2020, se vinculó a **COLMENA SEGUROS S.A.** como litisconsorcio necesario por pasiva (archivo “47.6Audiencia28julio2020”), sociedad que se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó no constarle las situaciones particulares de la presunta relación laboral de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**, en todo caso, afirmó que **DRUMMOND LTD.** reportó tres accidentes de trabajo, sin que el trabajador hubiera requerido autorización de prestaciones asistenciales o económicas por la ARL, ni incapacidades temporales, sin que haya reporte o calificación alguna que determine que la existencia de patologías de origen laboral que generen PCL y, en caso de que existan las mismas, no hay prueba de que aquellas sean causadas por culpa probada del empleador. Interpuso las excepciones de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, ausencia de nexo o responsabilidad de la ARL, origen común de la patología, prescripción y la genérica (Pág. 1 a 17 archivo “43.1Contestacion”).

- **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA (Pág. 2 a 3 archivo “024ContestacionDeDemanda”).**

DRUMMOND LTD. solicito el llamamiento en garantía de **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**, a fin que la compañía de seguros responsa por la eventual indemnización de perjuicios materiales y morales y demás pretensiones que sean falladas contra **DRUMMOND**

LTD. Como fundamento fáctico señaló que la empresa constituyó pólizas de responsabilidad civil extracontractual con la llamada, a favor de los terceros afectados, las cuales amparan la responsabilidad por responsabilidad patronal del artículo 216 CST, estando vigente la póliza 1000732 del 30 de junio de 2017 al 30 de junio de 2018, periodo de la presunta estructuración de la enfermedad del ex trabajador y que además cubre la fecha de terminación de la relación laboral.

- **CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA (Pág. 1 a 54 archivo “029ContestacionDeDemanda”).**

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. (antes **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**) se opuso a las pretensiones de la demanda. No aceptó ningún hecho de la demanda. Señaló que no hay prueba de los hechos que sirven de sustento de las pretensiones, por lo cual no hay prueba suficientemente probada del empleador por las presuntas afectaciones del trabajador y su presunto núcleo familiar. Interpuso las excepciones de coadyuvancia de las excepciones propuestas por **DRUMMOND LTD.**, inexistencia de culpa patronal, inexistencia de enfermedad laboral, PCL se estructuró fuera de la relación laboral que existió entre las partes, inexistencia de los perjuicios reclamados y prescripción.

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía. Aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza de responsabilidad civil extracontractual 1000732, siendo tomador **DRUMMOND LTD.** y beneficiarios los terceros afectados, cuya cobertura del riesgo se limita a las condiciones particulares y generales del seguro, siendo necesario demostrar la ocurrencia del riesgo en vigencia de la póliza y que el mismo cumple los términos y condiciones de asegurabilidad, por lo cual toda enfermedad anterior o posterior a la cobertura, no generada en el curso ordinario de los servicios del empleado en el negocio del asegurado, no está cubierta por el seguro y, en todo caso, deben respetarle los límites asegurables. Interpuso las excepciones de no se ha determinado la responsabilidad civil del asegurado y por ende no hay siniestro, la cobertura de la póliza

se circunscribe a los términos de su clausulado, la responsabilidad de la aseguradora se limita al valor de la suma asegurada y disminución de la suma asegurada por pago de indemnizaciones con cargo a la póliza 1000372.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:03:21 archivo “47.7Audiencia9marzo21”).

El 09 de marzo de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada DRUMMOND LTDA (Sic) de las pretensiones incoadas por el señor demandante JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO, en nombre propio y de los menores NATALY ANDREA CONTRERAS MUÑOZ, TALIANA MICHELE CONTRERAS BELEÑO, ADRIANA JOSÉ CONTRERAS MUÑOZ y SANTIAGO ANDRÉS CONTRERAS MUÑOZ y a los demás demandantes TATIANA BELEÑO ROPERO, NORIS POLO GALVIS, EDILSON NICOLÁS CONTRERAS POLO y LORENA ISABEL CONTRERAS POLO. SEGUNDO: ABSOLVER a la llamada en garantía SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. de las pretensiones de la demanda, igualmente ABSOLVER a COLMENA ARL SEGUROS S.A. (Sic) de todas las pretensiones incoadas en la demanda. TERCERO: CONDENAR en costas al señor DEMANDANTE y a cargo de la DEMANDADAS. CUARTO: ORDENAR si no es apelada la presente sentencia, se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del señor DEMANDANTE, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones. (...)”.

Para el juez de primera instancia, el problema jurídico consistió en determinar si las enfermedades son por causa o con ocasión del trabajo con la demandada y si hubo culpa probada del empleador en su origen, para establecer la viabilidad de las pretensiones y fijar la responsabilidad de la llamada en garantía.

Para resolver indicó que no hay duda de la relación laboral, en cuanto la culpa patronal, se debe acreditar un daño y si bien los **DEMANDANTES** allegaron un dictamen pericial, el perito indicó que elaboró aquel con base en la prueba documental que se aportó en la demanda, que si bien establece riesgos por vibración y posición sedente estativa, no hay certeza de ello, pues el análisis del puesto de trabajo fue posterior a la terminación del contrato de trabajo y la

historia clínica no refleja que el dolor de espalda sea consecuencia de la labor, salvo en dos accidentes de trabajo tras los cuales se reintegró el trabajador sin restricción alguna, mientras que la calificación del riesgo de vibración es leve y baja, por lo que no se establece nexo causal entre el presunto daño y la labor desempeñada, ante la inexistencia de un trauma acumulativo. En todo caso, en caso de considerar la enfermedad como laboral, tampoco se acredita culpa del empleador, quien adoptó de manera oportuna y prudente todas las medidas pertinentes para disminuir los efectos de los riesgos a los que estuvo expuesto el trabajador, incluyendo controles administrativos y de ingeniería.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que **DRUMMOND LTD.** no acredita diligencia ni cuidado para evitar la enfermedad laboral, tal y como se comprueba con el dictamen pericial elaborado por quien estuvo varios años laborando en Junta Regional de Calificación de Invalidez y como sugiere la Guía de Atención Integral para Dolor Lumbar y Discal, la cual impone un límite de hasta 4 horas para labores como las de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**, sin que la empresa acogiera pausas activas o ejercicios para mitigar el riesgo, no demostró que las pausas en la actividad fuera dedicadas a evitar el riesgo, ni adoptó medidas a favor de quien tenía una larga historia de dolor en espalda, producto de años de vibraciones.

De otra parte, refiere que en el caso de JOSÉ IGNACIO BERNAL MONTERO, el cual es similar al caso bajo estudio, se accedió a las pretensiones porque si se consideró la Guía de Atención Integral, concluyendo que **DRUMMOND** se limitó a efectuar exámenes sencillos para no relevar la afectación en la salud del trabajador, quien a pesar de ello logró demostrar su enfermedad laboral, primando la prueba documental sobre la testimonial allegada por la empresa (01:04:46 archivo "47.7Audiencia9marzo21")

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de los **DEMANDANTES** solicitó acceder a su recurso, reafirmando que el *a quo* ignoró la Guía de Atención para el Dolor Lumbar y que el proceso de JOSÉ IGNACIO BERNAL MONTERO, similar al caso bajo estudio, fue favorable a las pretensiones, de otra parte, si bien el dictamen pericial establece una fecha de estructuración posterior a la terminación del contrato de trabajo, la historia clínica acredita que el dolor de espalda inició mucho antes.

El apoderado principal de **DRUMMOND LTD.** solicitó confirmar el fallo, porque no se acredita enfermedad ni mucho menos que tenga origen laboral, porque el dictamen pericial es un montaje y las demás pruebas acreditan que la empresa fue diligente para cuidar la salud del trabajador, quien confesó que no tenía restricción ni calificación alguna.

La apoderada de **COLMENA SEGUROS S.A.** solicitó confirmar el fallo y reiteró que no hay ninguna pretensión en contra. Por último, el apoderado principal de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** pide confirmar el fallo, alegando que no se le corrió traslado de los alegatos de la parte actora, en todo caso, aseguró que no se acredita el origen laboral de las enfermedades diagnosticadas ni la culpa del empleador en su aparición, omisión probatoria que no corrige el dictamen pericial que allegan los **DEMANDANTES**, el cual no genera certeza de que dichas afecciones sean generadas por la labor, mientras la empresa sí acredita que adoptó las medidas para proteger la salud del trabajador.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay merito a declarar la responsabilidad de **DRUMMOND LTD.** por culpa patronal, para establecer la viabilidad de acceder a las pretensiones reclamadas por los **DEMANDANTES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i*) el 20 de mayo de 2010, el demandante **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** suscribió contrato de trabajo con **DRUMMOND LTD.**, para ejercer el cargo de *operador de camión*, relación que finalizó el empleador de manera unilateral y sin justa causa el 19 de julio de 2017 (Pág. 127 a 129, 252 y 253 archivo “003Demanda”).

En el presente asunto, el *a quo* absolvió a las demandadas y llamada en garantía de las pretensiones y condenó en costas a la parte **DEMANDANTE**.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Aseguró que **DRUMMOND** no demuestra diligencia ni cuidado para evitar la enfermedad laboral, tal y como acredita el dictamen pericial y los límites contemplados en la Guía de Atención Integral para Dolor Lumbar y Discal, porque la empresa no acogió pausas activas o ejercicios para mitigar el riesgo, no demostró que las pausas en la actividad fueran para evitar el riesgo, no adoptó medidas a favor de un trabajador con una larga historia de dolor en la espalda por años de vibraciones. Aseguró que en el caso de JOSÉ IGNACIO BERNAL MONTERO es similar al caso bajo estudio, en el cual se accedió a las pretensiones porque si consideró la Guía de Atención Integral, además la empresa intentó no relevar la enfermedad laboral con exámenes sencillos, pero el trabajador logró demostrar su afección, primando la prueba documental sobre la testimonial de la demandada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, acorde las siguientes consideraciones:

- Sobre la responsabilidad por culpa patronal.

El artículo 56 CST consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores; el artículo 57 *ibidem*, obliga a todo empleador a poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Las anteriores obligaciones concuerdan con el artículo 348 CST, el cual dispone que todo empleador y empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, así como practicar los exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

Así las cosas, por mandato legal, el empleador tiene la obligación de garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, motivo por el cual el artículo 216 CST señala que de existir culpa suficientemente probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por “*culpa patronal*”, la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 CST, por la cual el empleador debe resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, tal y

como ha señalado en las sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL17058 de 2017, SL806 de 2022, entre otras.

Ha señalado la H. CSJ que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: **i)** la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; **ii)** el daño cierto, cuantificable y antijurídico al trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; **iii)** el nexo de causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador. Dichos requisitos han sido reiterados en las sentencias SL6497 de 2015, SL1911 de 2019, SL2513 de 2021, SL5656 de 2021, SL1843 de 2022, entre otras.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al **DEMANDANTE** acreditar la culpa del empleador por incumplir la obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el **DEMANDADO** tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 1757 CC y 167 CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en las sentencias SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL5154 de 2020, SL1194 de 2022, entre otras.

De forma excepcional, cuando el **DEMANDANTE** alega que la culpa del empleador deriva de negligencia u omisión, se traslada al **DEMANDADO** la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad física del trabajador, tal como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5154 de 2020, SL5302 de 2021, SL806 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO.

Conforme los antecedentes normativos expuestos, la H. CSJ ha señalado que la responsabilidad por culpa patronal surge si se acredita: **i)** culpa del empleador en la materialización de riesgos que

dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad laboral, **ii)** daño cierto, cuantificable y antijurídico al trabajador, **iii)** nexo de causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador, tal y como ha indicado en las sentencias SL6497 de 2015, SL1911 de 2019, SL2513 de 2021, SL5656 de 2021, SL1843 de 2022, entre otras.

En el caso bajo estudio, el *a quo* fundamentó su decisión absolutoria en la falta de prueba del daño, por cuanto consideró que las pruebas allegadas, incluyendo el dictamen pericial, no son suficientes para declarar que las afectaciones de salud del extrabajador tienen origen laboral.

El apoderado de los **DEMANDANTES** se opone en su recurso de apelación a la conclusión del *a quo* e indica que el dictamen pericial acredita la existencia de una enfermedad laboral y las omisiones del empleador, negligencia que también se acredita por al no atender la empresa los límites expuestos en la Guía de Atención Integral para Dolor Lumbar y Discal.

Procede la Sala a resolver la precitada inconformidad, siendo importante considerar que la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada, que la prueba de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional es libre, por cuanto no existe ninguna norma que imponga una prueba solemne en tal sentido, razón por la cual todo media de prueba admisible puede usarse para acreditar dicha pérdida sin limitarse a los dictámenes proferidos por las entidades publicas señaladas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha señalado en las sentencias SL1035 de 2022, SL1578 de 2022, SL2096 de 2022, entre otras.

Considerando la libertad probatoria, procede la Sala a revisar el dictamen pericial aportado por **LOS DEMANDANTES**, rendido por el doctor CESAR SEGUNDO DAZA DÍAZ (Pág. 266 a 300 archivo “003Demanda”).

Dicha pericia indica que el extrabajador **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**, en su rol *operador de camión* de la **DEMANDADA**, estuvo expuesto por 7 años, 1 mes y 27 días a riesgos físicos (ruido,

vibración de cuerpo entero, temperaturas extremas) y ergonómicos (posturas inadecuadas, posición estática prolongada, ritmo intenso de trabajo, etc), además sufrió tres accidentes de trabajo: el 21 de enero de 2011, el 02 de diciembre de 2012 y el 25 de marzo de 2016, concluyendo que la *discopatía por deshidratación y abombamiento circunferencial de L5-S1* del extrabajador es una patología degenerativa-progresiva de origen laboral y genera una PCL del 12% con FE del 21 de julio de 2017, ya que la jornada laboral de 12 horas continuas, con pausa de apenas 140 minutos y jornada operacional neta de 580 minutos (9,66 horas), derivó en un sedentarismo prolongado con movimiento de cadera, causando microtraumatismos repetitivos que sumados a los factores de riesgos desencadenaron la patología calificada.

A su vez, el perito atribuye prácticas inseguras a **DRUMMOND LTD.** Como causa de la enfermedad laboral, a saber, vibración de cuerpo entero, jornada de más de 65 horas semanales muy por encima del límite máximo de 10 horas semanales que establece la GAT-DLI-ED, posición sedente de más de 9 horas en cada jornada, ausencia de reporte de concesión de pausas activas.

En virtud del principio de necesidad de la prueba y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis en conjunto de las pruebas, señalados en los artículos 60 y 61 CPTSS, las conclusiones del dictamen pericial deben ser contrastadas con todos los medios de prueba allegados al expediente y de ese modo, establecer si dicho peritaje tiene la eficacia probatoria suficiente para concluir, fuera de duda, como debidamente probados el origen laboral de las patologías, el porcentaje de PCL y FE establecidas por el perito.

Es relevante para el desarrollo del precitado análisis probatoria considerar que no hay discusión entre las partes de que el 20 de mayo de 2010, **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** suscribió contrato de trabajo con **DRUMMOND LTD.**, para el cargo de *operador de camión*,

relación que finalizó el empleador unilateralmente sin justa causa el 19 de julio de 2017 (Pág. 127 a 129, 252 y 253 archivo “003Demanda”).

El 24 de marzo de 2010, **DRUMMOND LTD.** practicó el examen médico ocupacional al extrabajador, valoración que concluyó que el demandante **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** era apto para el cargo sin restricciones, al punto que la exploración funcional del candidato arrojó resultado negativo de patologías, a pesar de la práctica de varios exámenes paraclínicos, entre los que destaca RMN de columna lumbosacra (Pág. 181 a 185 archivo “003Demanda”). Así mismo, la **PARTE DEMANDANTE** allegó RMN de columna lumbar de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** practicada el 13 de agosto de 2009, esto es, antes del inicio de la relación laboral con **DRUMMOND LTD.**, cuyo resultado fue negativo para patologías.

De otra parte, el examen médico ocupacional señala que el rol del extrabajador estaría sometido a los siguientes factores de riesgo: **i)** psicosocial (turno rotativo, jornada laboral prolongada y ritmo intenso de trabajo); **ii)** químico (material particulado), con medida de control de protección respiratoria; **iii)** físico (ruido y vibraciones de cuerpo entero), con medida de control de protección auditiva e higiene postural; **iv)** ergonómico (posición estática prolongada sentado), con medida de control de higiene postural.

Así las cosas, advierte esta Corporación que el extrabajador **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** acredita que ingreso a laborar con **DRUMMOND LTD.** sin padecer patologías de espalda.

Procede este Tribunal a verificar si durante el desarrollo del contrato de trabajo (20 de mayo de 2010 al 19 de julio de 2017), existe evidencia de la aparición y desarrollo de la patología que la **PARTE DEMANDANTE** reclama como de origen laboral, siendo relevante para ello considerar los exámenes médicos periódicos y de egreso aportados al proceso.

Revisado el expediente, se allegan los exámenes periódicos practicados en 2014, 2015 y 2016, así mismo, se aportó el examen médico de egreso de 2017.

El examen periódico practicado el 1° de marzo de 2014, concluyó que el extrabajador era apto. Dicha valoración reitera que el cargo está sometido a riesgos químicos, psicosociales, físicos y ergonómicos, como ruido, vibraciones cuerpo completo, posición estática prolongada sentado y jornada laboral prolongada con ritmo intenso de trabajo, tomándose como medidas de control protección respiratoria, auditiva, mantenimiento suspensión y pausas activas. Por su parte, la revisión por sistemas y exploración morfológica determinó buen estado general del paciente, sin advertir ninguna novedad relacionada con la columna vertebral del extrabajador salvo *hipergriciridemia* (Pág. 175 a 179 archivo “003Demanda”).

Así mismo, el examen periódico practicado el 12 de marzo de 2015, concluyó que era apto para el cargo. Se reitera la exposición a riesgos químicos, psicosociales, físicos y ergonómicos, como ruido, vibraciones de cuerpo completo, posición estática prolongada sentado y jornada laboral prolongada con ritmo intenso de trabajo, siendo las medidas de control la protección respiratoria, auditiva, mantenimiento suspensión y pausas activas. Por su parte, la revisión por sistemas y exploración morfológica determinó un buen estado general del paciente, sin ninguna novedad relacionada con la columna vertebral del extrabajador (Pág. 168 a 172 archivo “003Demanda”).

El examen periódico del 18 de agosto de 2016 concluyó apto para el cargo. Señaló la exposición a riesgos químicos, físicos, ergonómicos y psicosociales, entre ellos ruido, vibración de cuerpo entero, posición estática prolongada sentado y jornada laboral prolongada con ritmo intenso de trabajo, siendo las medidas de control protección auditiva, respiratoria, mantenimiento suspensión y pausas activas, con una revisión por sistemas normal sin novedad de columna vertebral, por cuanto solo se identificó hipermetropía y sobrepeso (Pág. 197 a 201 archivo “003Demanda”).

Finalmente, el examen médico de egreso del 19 de julio de 2017 concluyó una exposición acumulada de 7 años y 2 meses a riesgos químicos, físicos, ergonómicos y psicosocial, por ruido, MPI, postura estática prolongada sentado y ritmo intenso de trabajo, con medidas de control de protección respiratoria, auditiva, pausas activas y ejercicios dinámicos. Así mismo, la revisión por sistemas fue normal, sin describir problemas de columna ni alteraciones funcionales, con arcos y ángulos de movimientos conservados y la única enfermedad descrita fue sobrepeso (Pág. 224 a 230 archivo “003Demanda”).

El análisis de los precitados exámenes periódicos y de egreso permite inferir que **DRUMMOND LTD.**, al valorar el cargo del extrabajador, reconoció la existencia de riesgos consistentes en vibración de cuerpo entero, posición estática prolongada sentado y jornada laboral prolongada con ritmo intenso de trabajo, con medidas de control como pausas activas, mantenimiento de suspensión y ejercicios dinámicos, sin describir una patología de columna, siendo declarado apto en todas las ocasiones el extrabajador.

Así las cosas, los exámenes periódicos y de egreso refuerzan la existencia de los riesgos ocupacionales señalados en el dictamen pericial, más no describen la existencia de patologías en la columna del extrabajador, por lo cual procede la Sala a revisar el análisis del puesto de trabajo, el cual fue aportado por ambas partes (Pág. 233 a 246 archivo “003Demanda”, Pág. 19 a 55 archivo “021ContestacionDeDemanda”).

Revisado dichos análisis, llama la atención que se describe las condiciones de trabajo, incluyendo las características del puesto de trabajo y la distribución de tiempos. Conforme el análisis, la labor del extrabajador consistió en transportar de material a los botaderos, a través de la conducción del camión 793, cuya cabina contiene una silla neumática tapizada, con dispositivo para ajuste de asiento, palanca de inclinación para ajustar cojín al ángulo deseado, palanca de ajuste longitudinal, perilla de altura de asiento, perilla de suspensión del

asiento, totalmente graduable a las necesidades antropométricas del operario.

De otra parte, los análisis del puesto describen que las actividades físicas del cargo consumen en promedio de 580 a 600 minutos, que el total de pausas programadas y no programadas es de 120 a 140 minutos en promedio, siendo el total de la jornada de 720 minutos. Se indica que en la jornada se hacen 20 a 22 viajes en promedio, cada uno con un ciclo de acuatamiento, desplazamiento cargado, descargue y desplazamiento vacío, siendo las únicas pausas programa de 30 minutos para alimentos y 20 minutos para ida y vuelta al comedor, más 90 minutos de pausas no programadas por paradas obligatorias como espera de cargue, tanqueo y otras razones personales o del trabajo.

Refiere el análisis la calificación de carga postural y por segmento corporal, bajo el método OWAS, con un resultado de 1 para espalda durante operación del equipo, lo que equivale a una calificación leve sin necesidad de medidas correctivas, al considerarse postura sin posibilidad de causar daño al sistema musculo esquelético, por permanecer en los ángulos normales de movimiento, a su vez, se indica que actividad física del cargo por 600 minutos se divide en ciclos de hasta 2 horas continuas, con la posibilidad de cambio postural por el funcionario, lo que disminuye la existencia de postura prolongada.

No obstante, al aplicase el método ANSI, se determinó que se supero el limite por el antebrazo derecho y agarres de miembros superiores, al superar pronación completa por más de 60 minutos debido al uso de la palanca de cambios y por superar presión circular continua de timón y mínima fuerza al operar palanca.

Concluye el resultado una carga física leve, con movimientos dentro de ángulos de confort, ausencia de manipulación de cargas, ausencia de combinación de espalda recta con torsiones laterales, por lo cual la carga física en espalda es mínima, sin que la postura estática conforme la GATISO sea evidencia significativa de trauma acumulativo

en la columna lumbar. El precitado resultado considera la vibración de cuerpo entero.

Considerando el método y resultado de los análisis del puesto de trabajo, advierte la Sala que aquellos solo determinan riesgos que superan el límite de referencia en antebrazo derecho y agarres, descartando cualquier riesgo fuera del límite que afecte la conducta durante la operación del equipo.

La anteriores conclusiones de los Análisis de Puesto de Trabajo deben ser contrastada con la Guía de Atención Integral Basada en la Evidencia para Dolor Lumbar Inespecífico y Enfermedad Discal relacionados con la manipulación manual de cargas y otros factores de riesgo en el lugar de trabajo – GATI-DLI-ED, la cual conforme el artículo 1 de la Resolución 2844 de 2007 del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, es de obligatoria referencia para empleadores, en la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo.

La precitada Guía, aportada por la **PARTE DEMANDANTE**, señala como factores de riesgo asociados con la aparición del Dolor Lumbar Inespecífico – DLI el trabajo físico pesado, levantamiento de cargas y postura forzada a nivel de columna, movimientos de flexión y rotación de tronco, exposición a vibración de cuerpo entero, posturas estáticas, factores psicosociales o de organización del trabajo (Pág. 43 archivo “4.1Anexo”).

Conforme el Análisis del Puesto de Trabajo, el cargo *operador de camión* que ejerció **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** no abarca manejo de cargas, ni implicaba trabajo físico pesado, tampoco describe movimientos de flexión y rotación de tronco, ya que la descripción de la operación del equipo señala que solo requería cuello semidoblado con rotación a lados para ver retrovisores, permaneciendo el tronco en neutro con apoyo completo sobre el espaldar de la silla, con componente rotacional esporádico sin inclinaciones, lo cual también descarta una postura forzada a nivel de columna.

En cuanto el riesgo ergonómico por sedestación prolongada, advierte esta Sala que el Análisis del Puesto de Trabajo describe que si bien la jornada efectiva de labor era de 600 minutos aproximadamente, los ciclos de labor eran de hasta 2 horas continuas, así mismo, la operación del equipo no se limitaba a 22 viajes aproximados por jornada, sino también incluía de 8 a 10 subidas y bajadas del equipo a través de escaleras, finalmente, existía un tiempo total de pausas programadas y no programadas de 120 minutos por jornada (Pág. 23 a 27 archivo “021ContestacionDeDemanda”), aspectos que conllevan a esta Sala a concluir que no existe evidencia contundente de la configuración del riesgo ocupacional derivado de una postura sentada prolongada.

Respecto el riesgo físico derivado de vibración de cuerpo entero, advierte esta Corporación que el perito indicó que se supero el limite máximo de 10 horas semanales, limite que si bien no es descrito en la GATI-DLI-ED, si fue consignado en la posterior Recomendaciones Guía de Atención Integral de Seguridad y Salud en el Trabajo para Dolor Lumbar Inespecífico y Enfermedad Discal, la cual determinó como factor de riesgo físico del DLI la actividades de vibración corporal en el trabajo de cuerpo completo mayores 10 horas por semana, presupuesto que se cumple en el caso de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**.

A pesar de lo anterior, la propia GATI-DLI-ED indica como mecanismo de control del riesgo físico el diseño de puestos de trabajo, incluyendo herramientas, equipos y maquinas, incluyendo ayudas mecánicas y sistema de control de la vibración (Pág. 57 archivo “4.1Anexo”).

DRUMMONT allegó copia de las versiones anuales de su SG-SST de los años 2013 a 2017, en los cuales se identifica el riesgo físico derivado de la vibración cuerpo completo en los trabajadores de su *sede de transporte*, adoptado como intervención de control de dicho riesgo el cambio de suspensión, silla, mountings, tren de rodaje y ajuste de componentes (carpeta “23.1Anexos”).

La aplicación de las anteriores medidas se evidencia en el caso del extrabajador, por cuanto el Análisis de su Puesto de Trabajo indicó que la cabina del camión minero contaba con silla neumática tapizada, con dispositivo para ajuste de asiento, palanca de inclinación para ajustar cojín al ángulo deseado, palanca de ajuste longitudinal, perilla de altura de asiento, perilla de suspensión del asiento, totalmente graduable a las necesidades antropométricas del operario. Las anteriores medidas impiden tener certeza sobre el origen laboral de las afectaciones del extrabajador derivadas de una exposición a vibración.

Conforme las consideraciones efectuadas, las conclusiones del dictamen pericial no pueden considerarse como probadas, por cuanto todos los factores de riesgo señalados en dicho peritaje para sostener el origen laboral de la patología, si bien son reconocidas por el empleador, fueron sometidas a medios de control para disminuir la afectación del trabajador, sin que el análisis del puesto de trabajo derive en hallazgo alguno relativo a riesgo para la columna de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**.

De otra parte, tampoco es posible inferir la existencia del origen laboral de la patología del extrabajador considerando los tres accidentes de trabajo sufridos durante el desarrollo de su relación laboral, tal y como pasa a exponerse.

Conforme la historia laboral del empleado, **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** sufrió el 21 de enero de 2011 accidente de trabajo, consistente en dolor en espalda derivado del movimiento brusco del camión por caída de roca que salió de la pala mientras era cargado el vehículo; posteriormente, el 02 de diciembre de 2012 sufrió accidente de trabajo por impacto de roca en la tolva, que causó vibración del camión que derivó en dolor leve del brazo izquierdo; finalmente, el 25 de marzo de 2016, sufrió un tercer accidente de trabajo por vibración del camión por impacto de roca en tolva del camión, que causó dolor en la espalda (Pág. 41 archivo “021ContestacionDeDemanda”).

Revisado el AT del 21 de enero de 2011, se verifica atención con analgésico y diagnóstico de lumbago no especificado, tratamiento y diagnóstico que se reiteró en atención médica del 16 de marzo de 2011, sin que se observe incapacidad alguna derivada de afectación de salud en la espalda del extrabajador (Pág. 20 y 22 archivo “ASISTENCIA contreras” carpeta “23.1Anexos”).

En cuanto el segundo AT del 02 de diciembre de 2012, el mismo refiere dolor en miembro superior izquierdo, sin referir afectación en columna, por lo cual no interesa al caso bajo estudio (Pág. 18 archivo “ASISTENCIA contreras” carpeta “23.1Anexos”).

El tercer AT del 25 de marzo de 2016, se diagnosticó lumbago no especificado y se aplicó medicamento y al día siguiente se determinó que el extrabajador era apto para laborar (Pág. 7 y 8 archivo “ASISTENCIA contreras” carpeta “23.1Anexos”).

Del análisis de los accidentes de trabajo, se acredita que ninguno de ellos generó incapacidad ni requirió atención médica más allá de medicación, por lo cual no es posible inferir que son causa de las patologías calificadas por el perito como de origen laboral.

Finalmente, en cuanto las afirmaciones del perito de las atenciones de salud a las que acudió el extrabajador **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** por dolor en espalda, no relacionadas con los tres accidentes de trabajo sufridos, advierte la Sala que las mismas se limitan a describir sintomatología, plan de manejo médico e impresión diagnóstica, sin que de dichos elementos se pueda inferir, por sí solo, la existencia del origen laboral de la patología.

En efecto, revisado el expediente, se observa que el extrabajador acudió en numerosas ocasiones al servicio médico del empleador, pero no todas ellas fueron por dolencias lumbares, por cuanto se observan atenciones por diarrea, problemas gástricos, tobillo, espón calcáneo, vesícula biliar con colecistitis, entre otras afectaciones de salud no relacionadas en nada con la patología que la **PARTE DEMANDANTE** reclama de origen laboral.

Pasando a las atenciones de salud relacionadas con la espalda del extrabajador, se acredita que el 08 de febrero de 2014 acudió al servicio médico del empleador por dolor lumbar leve a moderado, se ordenó medicamento y se le declaró apto para laborar sin restricciones al paciente. El 28 de noviembre de 2014, acudió por lumbago no especificado, se ordenó valoración por especialidad y reposo. El 08 de julio de 2015, acudió por dolor a nivel dorsal bajo y lumbar, sin manifestar antecedentes de trauma, lesión o contusión por evento agudo, se declaró apto para laborar y se ordenó medicación, mantener higiene postural y ejercicios de estiramiento muscular (Pág. 11, 13 y 14 archivo “ASISTENCIA contreras” carpeta “23.1Anexos”).

De otra parte, la radiografía de columna lumbosacra dl 28 de marzo de 2016 concluyó discopatía compresiva L5-S1, no obstante, no menciona ningún elemento que permita conectar tal diagnostico con la labor de **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** (Pág. 247 archivo “003Demanda”).

Así las cosas, las atenciones de salud expresamente relacionadas con dolencias de espalda del extrabajador, incluyendo la atención de los accidentes de trabajo, no refieren incapacidad, posible origen laboral, atención más allá de medicación ni ningún otro elemento que permitan inferir el origen laboral del dolor lumbar, lo cual descarta las conclusiones del dictamen pericial.

Lo mismo ocurre con las atenciones de salud particulares del extrabajador realizadas con posterioridad a la terminación de su contrato de trabajo. Primero, la RMN de columna lumbosacra del 21 de julio de 2017 determinó discopatía por deshidratación L5-S1, abombamiento de disco intervertebral L5-S1 y sinovitis interapofisaria posterior L5-S1, pero no señala ni sugiere el origen laboral de diagnóstico. La atención del 24 de agosto de 2017 describió dolor lumbar y ordenó revisión por fisioterapia y medicación, sin proponer causa de origen de la afectación (Pág. 250, 254 a 258 archivo “003Demanda”).

Así las cosas, no hay prueba documental alguna que reafirme las conclusiones del doctor CESAR SEGUNDO DAZA DÍAZ, en cuanto que la patología lumbar del extrabajador es de origen laboral, por el contrario, los documentos allegados por las partes al expediente desvirtúan dicha conclusión, lo cual también ocurre con las pruebas testimoniales y la declaración del perito, que lejos de apoyar la tesis de la **PARTE DEMANDANTE** la desvirtúan, tal y como pasa a exponerse.

El doctor CESAR SEGUNDO DAZA DÍAZ, rindió interrogatorio en audiencia conforme el artículo 227 CGP, oportunidad en la que indicó que no valoró directamente al paciente y que basó su dictamen en la historia clínica del paciente que le entregó la secretaria del apoderado de la **PARTE DEMANDANTE**, no valoró el puesto de trabajo del demandante sino que estudio dicho análisis efectuado por la ARL y que concluyó la inexistencia de pausas activas porque no hay ningún documento escrito que las certifique, también aseguró que las conclusiones de la ARL es que el riesgo global es 2 con riesgo por movimientos repetitivos y daño en columna (27:17, 33:00, 43:48 y 54:25 archivo “47.4Audiencia14julio20Parte1”).

Respecto las anteriores manifestaciones, basta con señalar que el perito reconoce que no valoró directamente al extrabajador y que basó su peritaje en los documentos médicos que le fueron entregados por la parte actora, concluyendo la existencia de factores de riesgo conforme lo señalado en los análisis de puesto de trabajo, los cuales contrario lo manifestado por el perito no concluyen la existencia de riesgo por fuera del límite de referencia para la columna durante la operación del equipo, pese la existencia de vibración de cuerpo entero, respecto la cual la Sala advierte que la organización demandada acredita medidas de control como la silla con especificaciones especiales de la cabina del equipo.

Por su parte, JORGE MARIO RIVERA MORÓN, director médico de **DRUMMOND LTD.**, indicó en su testimonio que luego de sus accidentes de trabajo, **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** no fue incapacitado, se reintegró con normalidad y al momento de su despido

no tenía afectaciones de salud que conllevaran a restricciones o recomendaciones médicas, hecho que concuerda con las pruebas documentales. De otra parte, el testigo indicó como medios de control de riesgo de vibración el mantenimiento de vías destapadas, para lo cual hay un departamento de la empresa de 30 a 40 motoniveladoras con dedicación exclusiva, así como que el equipo del extrabajador esa de última tecnología e incluía silla hidroneumática y mantenimientos de amortiguadores (02:13:00, 02:21:00 archivo “47.4Audiencia14julio20Parte1”).

Por su parte, HUGO MILCIADES ROMERO FIGUEROA, higienista ocupacional de operaciones minera de **DRUMMOND LTD.**, señaló en su testimonio que los operades de camión tiene pausas activas autoadministradas adicionales al tiempo de almuerzo, para que estiren y eviten fatiga, las cuales pueden tomar cuando la pala esta cargando otro camión, cuando esperan la orden de ir a botadero a descargar, cuando van al baño o cuando informan a Despacho de la empresa que tienen fatiga para proceder a parar (09:20 archivo “47.5Audiencia14julio20parte2”), aspecto que concuerda con los análisis de puesto de trabajo, los cuales concluyen que existen 90 minutos en cada jornada de pausas no programadas.

Por su parte, los testigos de la **PARTE DEMANDADA** nada aportan para sostener la tesis del peritaje del origen laboral de las patologías. En primer lugar, JORGE LUÍS SÁNCHEZ NÚÑEZ fue testigo de oídas, porque no laboró con el extrabajador **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** y se limitó a señalar que aquel dejó de jugar futbol porque le comentó que le duele la espalda (01:02:50 archivo “47.4Audiencia14julio20Parte1”).

JOAQUÍN ALTAMIRA ESPITIA, como operador minero, describió los riesgos a los cuales esta sometido ese rol laboral, pero desde su experiencia y hasta 2013, porque desde el 04 de noviembre de dicho año ya no maneja camión debido a las restricciones derivadas de un accidente de trabajo, indicando que toda la información que expuso respecto la situación puntual de **JANER ENRIQUE CONTRERAS**

POLO la obtuvo de conversaciones con él, esto es, no la apreció directamente (01:53:16 y 01:57:22 archivo “47.4Audiencia14julio20Parte1”).

Finalmente, GABRIELA VIDES MENDOZA se limitó a describir el rol familiar del demandante **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**, sin relatar ningún detalle específico de la relación laboral entre el extrabajador y **DRUMMOND LTD.** (52:34 archivo “47.5Audiencia14julio20parte2”).

Así las cosas, las pruebas testimoniales y la declaración del perito, al igual que las pruebas documentales, no brindan ningún elemento que permita sostener la tesis del origen laboral de la patología lumbar del demandante **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO**, por lo que la Sala concluye que en el caso bajo estudio no se acredita el origen laboral de las patologías; en consecuencia, no se acredita el primer presupuesto de la acción de responsabilidad por culpa patronal, como es la existencia de un daño cierto derivado de accidente o enfermedad laboral, lo cual descarta la viabilidad de las pretensiones.

En cuanto al último punto de reproche elevado en el recurso de apelación, a saber, que el caso bajo estudio es similar al de JOSÉ IGNACIO BERNAL MONTERO, en el que si se accedieron a las pretensiones, de entrada advierte la Sala que tal caso se diferencia del aquí estudiado.

En efecto, revisada la sentencia SL3749 de 2021, advierte la Sala que en dicha providencia la H. CSJ describe los antecedentes del caso, en los cuales se indica que JOSÉ IGNACIO BERNAL MONTERO había sido calificado, en varias oportunidades, con una PCL de origen laboral tanto por la Junta Regional de Calificación, su ARL y el extinto ISS, lo cual no ocurre en el caso bajo estudio, en donde el extrabajador **JANER ENRIQUE CONTRERAS POLO** no había sido calificado y por ello recurrió a un dictamen pericial para acreditar la PCL y origen laboral, prueba que como ya se indicó, carece de la fuerza probatoria suficiente para dar por probados dichos supuestos, por cuanto las

Conclusiones del perito son desvirtuadas con los demás elementos de prueba allegados al expediente.

Por todas las consideraciones anteriores, se confirmará el fallo apelado. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

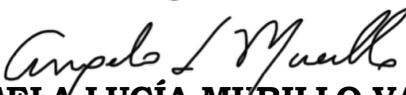
RESUELVE

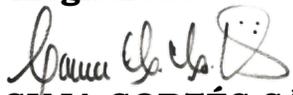
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24 2019 00404 02

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MYRIAM RIVERA MENDOZA, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez y al efecto se aplique la Ley 33 de 1985 y se tengan en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución GNR 160644 del 30 de mayo de 2015, la reconoció pensión de vejez y dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta que acreditara el retiro definitivo del servicio; que mediante Resolución VPB 67867 del 23 de octubre de 2015, la demandada dispuso el ingreso a nómina y le reconoció una mesada de \$1.952.681 a partir del 10 de septiembre de 2015; que para el reconocimiento de la pensión la entidad tuvo en cuenta la Ley 797 de 2003 y aplicó una tasa de remplazo del 78.57%; que el 4 de octubre de 2017, solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión, aplicando la Ley 33 de 1985, norma más favorable para su situación pensional, dado que debe liquidarse con el promedio devengado en el último año de servicios; que mediante Resoluciones SUB 244715 del 31 de octubre de 2017, SUB 277856 del 30 de noviembre de 2017 y DIR 23478 del 21 de diciembre de 2017, la demandada negó la reliquidación solicitada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y los actos administrativos emitidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e inexistencia del derecho reclamado (fls. 56 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de junio de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones

impetradas en su contra por parte de la señora MYRIAM RIVERA MENDOZA, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: *DECLARAR probados los medios exceptivos de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuestas por la pasiva, declarándose relevado del estudio de los demás medios exceptivos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

TERCERO: *CONDENAR en costas a la parte demandante. Líquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$50.000.*

CUARTO: *CONSULTAR esta providencia en favor de la parte demandante señora MYRIAM RIVERA MENDOZA, en caso de no ser apelada oportunamente”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión, aplicando al efecto la Ley 33 de 1985. Previo a resolver la controversia precisó, que no es posible realizar el estudio de la reliquidación solicitada bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990, pues dicha forma de liquidación no se controvertió a lo largo del proceso y solo fue propuesta por la apoderada de la parte demandante en los alegatos de conclusión, dijo que realizar el estudio teniendo en cuenta dichos argumentos vulneraría el derecho al debido proceso y de defensa de la entidad y por ello no estudiará la procedencia de la reliquidación bajo estos parámetros.

Para resolver el problema jurídico indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que cumplió los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, antes del 31 de julio de 2010 y por ello tenía derecho a que su prestación fuera reconocida bajo los parámetros que define dicha norma. No obstante, definió que no hay lugar a la reliquidación reclamada en cuanto el régimen de transición conservó la aplicación de normas anteriores únicamente frente a la edad, número de semanas y monto de la prestación, sin incluir lo atinente al IBL.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se ordene la reliquidación solicitada. Para sustentar el recurso aduce que la decisión de primera instancia desconoce el principio de favorabilidad aplicable a la situación de la demandante, en cuanto ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define que para efectos del reconocimiento de la pensión se debe tener en cuenta la totalidad del tiempo servido al sector público independientemente de que éstos hayan sido cotizados o no, dice que por favorabilidad a la actora le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 y el IBL debe determinarse teniendo en cuenta los factores salariales que convencionalmente se tenían pactados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia y el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente el estudio de la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta lo definido en el Acuerdo 049 de 1990.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución GNR 160644 del 30 de mayo de 2015, la demandada reconoció pensión de vejez a la demandante en cuantía inicial de \$1.901.065, teniendo en cuenta lo definido en la Ley 797 de 2003 y aplicando una tasa de remplazo del 78.62%. dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta que se acreditara el retiro del servicio (fls. 3 a 5); **ii)** que mediante Resolución VPB 67867 del 23 de octubre de 2015, la demandada reliquidó la pensión de la demandante en cuantía de \$1.952.681 y ordenó la inclusión en nómina a partir del 10 de septiembre de 2015 (fls. 7 a 10); **iii)** que mediante Resolución SUB 244715 del 31 de octubre de 2017, la demandada negó la reliquidación de la pensión solicitada por la demandante (fls. 12 a 16).

- **De las Facultades Ultra y Extra Petita.**

Previo a resolver sobre este punto de la controversia, resulta pertinente indicar que la apoderada de la parte demandante solicita en el recurso, la reliquidación de la pensión, aplicando al efecto las reglas que define el Acuerdo 049 de 1990, esto es, con el 90% del IBL. La juez de primera instancia se abstuvo de resolver este punto planteado por la demandante, en cuanto dicha forma de liquidación de la prestación no se debatió a lo largo del proceso, ni se incluyó en la fijación del litigio, lo que le impedía estudiar dicha pretensión en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 50 del CPT y de la SS. faculta al juez laboral de primera instancia para dictar condenas *ultra y extra petita*, siempre y cuando los hechos que sustenten tales condenas se hubieran debatido en el proceso y dichos hechos estén debidamente probados en el expediente.

Sobre las facultades referidas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que para el uso de la facultad *extra petita* (por fuera de lo pedido), se requiere que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso, y estén debidamente acreditados, con la finalidad de no vulnerar los derechos al debido proceso, contradicción y defensa de la demandada. Por su parte, para el uso de las facultades *ultra petita* (más allá de lo pedido) exige que la pretensión solicitada en el escrito de demanda, sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que en el juicio no se haya acreditado que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor (sentencias SL2808-2018, SL3850-2020 y SL2510-2021).

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que se abstuvo de estudiar la reliquidación de la pensión, bajo los parámetros que define en el Acuerdo 049 de 1990.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que en el caso bajo estudio, la juez de primera instancia no podía hacer uso de las facultades *extra petita*, para estudiar el argumento que planteó la parte demandante en los alegatos de conclusión que presentó en primera instancia, relacionado, con la procedencia de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 a la situación pensional de la actora, en cuanto permite la acumulación de tiempos públicos, privados y de servicio no cotizado para la causación del derecho bajo esta norma, pues los hechos y pretensiones y los fundamentos de derecho que se expusieron en el escrito de demanda, nada refieren sobre la reliquidación de la pensión por acumulación de tiempos de servicio al sector público, ni expone si quiera las razones por las cuales dicha disposición legal podría ser aplicable a su situación particular.

Nótese que en la demanda se plantea de manera específica la procedencia de la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, bajo los parámetros que define la Ley 33 de 1985. No obstante, nada se dice a lo largo del proceso de la procedencia de la reliquidación de la prestación bajo las reglas que dispone el Acuerdo 049 de 1990, por acumulación de tiempos de servicios con tiempos de cotización y teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 90%, dicho asunto ni siquiera se incluyó en la fijación del litigio que se realizó en la audiencia celebrada el 9 de junio de 2021 (Cd. 5), donde se estableció de manera clara que la controversia consistía en definir la procedencia de la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo dispone la Ley 33 de 1985.

A juicio de la Sala, no se cumplen las condiciones definidas en la ley y la jurisprudencia para realizar el estudio de la reliquidación de la pensión en la forma que define el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación de la facultad *extra petita*, pues los hechos que originarían este derecho no fueron discutidos a lo largo del proceso, y el debate probatorio se centró en definir aspectos diferentes de la prestación, por lo que al realizar el estudio de esta pretensión nueva se vulneraría el derecho de contradicción y defensa de la entidad demandada, quien centró su defensa en la controversia que planteó la parte demandante a lo largo del proceso.

Para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad en la liquidación de la prestación de la actora, precisa la Sala, que en aplicación de este principio no puede disponerse el estudio de una controversia, que como se dijo, no fue planteada en el proceso y que, en últimas, su estudio, implicaría la vulneración del derecho de contradicción y defensa de la entidad demandada.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia como se anunció, advirtiéndole que no se abordará el estudio de otros aspectos estudiados en la sentencia proferida por el *a quo*, pues el recurso interpuesto por la parte demandante, solo planteó controversia sobre la decisión que se abstuvo de realizar el estudio de la reliquidación de la pensión bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

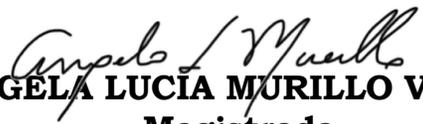
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 27 2017 00657 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARCO ANDRES HERMOSA AMAYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SLS ENERGY S.A.S. y META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA, con el fin de que se declare la nulidad de la renuncia presentada por el actor por causas imputables al empleador y en consecuencia se condene al reintegro al cargo que ocupaba o a uno similar, y al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Pide además que se condene de manera solidaria a META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA.

De manera subsidiaria solicita que se condene al pago de la indemnización por despido indirecto, prestaciones sociales, vacaciones y salarios adeudados, junto con la indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios a la demandada SLS ENERGY S.A.S. desde el 25 de marzo de 2011 hasta el 20 de noviembre de 2014, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que durante la vinculación desempeñó el cargo de soldador de taladro; que el último salario devengado equivale a la suma de \$2.003.000; que el contrato finalizó por causa imputable al empleador, pues su jefe inmediato le solicitó que presentara la renuncia para ubicarlo en otra empresa; que desde el 20 de noviembre de 2014, fecha en que presentó la renuncia, está esperando que se le comunique el cargo que va ocupar; que no se le canceló el valor de la liquidación de prestaciones; que SLS ENERGY entró en proceso de reorganización y se comprometió a realizar el pago de lo adeudado en 2 pagos, acuerdo que fue incumplido; que a la fecha dicha sociedad adeuda la suma de \$106.497.315; que el beneficiario de la labor que desempeñaba fue la empresa PACIFIC EXPLORATION & PRODUCTION, que opera en Colombia por medio de META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

META PETROLEUM CORP. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepción previa la de indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción (fls. 72 a 88). Solicitó el llamamiento en garantía de las aseguradoras MAPFRE SEGUROS

GENERALES DE COLOMBIA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. (fls. 127 a 130).

SLS ENERGY S.A.S. EN REORGANIZACIÓN. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del despido indirecto y cobro de lo no debido (fls. 213 a 217).

Mediante auto del 21 de febrero de 2019, el juzgado aceptó el llamamiento en garantía de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. (fl. 172).

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de prescripción, pérdida del derecho del demandante para solicitar una condena por sanción moratoria, ausencia de solidaridad entre SLS ENERGY S.A.S. y FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP de las acreencias laborales solicitadas por el demandante y por consiguiente ausencia de cobertura de los hechos y pretensiones de la demanda, pago efectuado por de SLS ENERGY S.A.S. al demandante, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia de las pólizas 36CU05596, 36CU005597 y 36CX000564 expedidas por Seguros Confianza S.A., necesidad de acreditar para cuál de los contratos celebrados entre SLS ENERGY S.A.S. y FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP trabajó el demandante, no cobertura de indemnizaciones moratorias, ni de los intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del CST y cobertura exclusiva para la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa consagrado en el artículo 64 del CST (fls. 229 a 240).

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de ausencia de causa, falta de título, imposibilidad jurídica de imponer condena solidaria a META PETROLEUM CORP hoy FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP, en razón de la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, inexistencia de solidaridad por ocurrencia de una novación en virtud de la ley, no existió vinculo o relación laboral entre META PETROLEUM CORP hoy FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP y el demandante y prescripción (fls. 244 a 270).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de junio de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** de las pretensiones de la demanda formulada por el señor MARCO ANTONIO HERMOSA AMAYA en contra de SLS ENERGY S.A.S. en reorganización y solidariamente META PETROLEUM CORP hoy FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, inexistencia del despido indirecto, pérdida del derecho del demandante para solicitar una condena por sanción moratoria, ausencia de solidaridad entre SLS ENERGY S.A.S. y FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP de las acreencias laborales solicitadas por el demandante y por consiguiente ausencia de cobertura de los hechos y pretensiones de la demanda y pago, formuladas por las demandadas y por las llamadas en garantía. **TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante en la suma de \$700.000 como agencias en derecho”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es nula la renuncia presentada por el actor y en dado caso definir si es procedente el reintegro solicitado o si subsidiariamente procede el pago de la indemnización por despido injusto. Para resolverlo indicó que no existe controversia en que entre la demandada SLS ENERGY S.A.S. y el demandante existió un contrato de trabajo. Señaló que las pruebas aportadas al proceso no acreditan la existencia de vicio en el consentimiento alguno, en la suscripción de la renuncia por parte del actor, dijo que ningún medio probatorio demuestra que la demandada hubiera engañado o inducido en error al actor para que presentara la renuncia. Sobre la indemnización por despido sin justa causa refirió que no está acreditado que la terminación del contrato obedeciera a una decisión unilateral por parte demandada y el actor tampoco probó haber presentado una renuncia motivada. Por ello, negó las pretensiones de la demanda.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP presentó alegaciones y al efecto solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida al demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si existió vicio en el consentimiento alguno en la renuncia presentada por el demandante, en caso de no ser así establecer si hay lugar al pago de la indemnización por despido indirecto.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre el demandante y la demandada SLS ENERGY S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 25 de marzo de 2011 y el 20 de noviembre de 2014 (fl. 25, 26 y 218); **ii)** que el demandante se desempeñó como soldador y devengaba la suma mensual de \$2.003.000 (fl. 25).

- Sobre la Nulidad de la Renuncia

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para definir la validez de cualquier acto jurídico, es necesario que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad. Dicha norma establece que para el efecto se requiere que la persona sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga causa lícita.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo, se advierte que, en el caso bajo estudio, el actor alega que el consentimiento que prestó al momento de suscribir la renuncia

presentada ante la demandada SLS ENERGY S.A.S. se encuentra viciado, pues dicha sociedad, mediante engaño lo convenció de renunciar con la promesa de que iba ser contratado por otra sociedad, al día siguiente en que se aceptara su renuncia.

De acuerdo con los anteriores supuestos y una vez revisado el expediente, observa el Tribunal que no se aportó documento alguno denominado renuncia del trabajador y al efecto solo obra la carta de aceptación de la renuncia por parte de la sociedad demandada SLS ENERGY S.A.S., en los siguientes términos (fl. 26):

“Dando respuesta a su comunicación de fecha 20 de noviembre de 2014, nos permitimos manifestarle que la empresa ACEPTA la renuncia por usted presentada de manera irrevocable al cargo desempeñado de SOLDADOR DE TALADRO desde el año dos mil once (2011), mes marzo, día veinticinco (25). Esta aceptación se hace efectiva a partir del año dos mil catorce (2014), mes de noviembre, día veinte (20). Agradecemos los servicios prestados a la empresa SLS ENERGY S.A.S. deseándole éxitos en sus labores futuras (...)”.

Revisada la totalidad de las pruebas aportadas, no encuentra la Sala prueba alguna, que demuestre que la renuncia presentada por el demandante, hubiere estado motivada en el engaño o por algún hecho erróneo inducido por la sociedad demandada. Nada se deduce al efecto de lo manifestado por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte absuelto (Cd. 5, min.09:57), pues nada refirió sobre las razones de la renuncia que presentó el trabajador, solo hizo alusión a que la empresa aceptó la renuncia presentada y que la única motivación conocida eran motivos personales del actor.

Tampoco se establece nada relevante del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (Cd. 5, min. 35:11), pues solo

refirió que al terminar un trabajo en el Meta, le informaron que debía dirigirse a la oficina de Bogotá, donde le dijeron que debía presentar la renuncia porque iba a ser contratado con otra empresa llamada Petrolan S.A.S., que la renuncia ya estaba elaborada por la empresa y él solo firmó el documento, motivado en que no se iba quedar sin trabajo. Señaló, que después de firmar la renuncia de inmediato los enviaron a hacer exámenes para iniciar la vinculación con Petrolan S.A.S., empresa con la que firmó contrato y donde se aplicó la misma maniobra relacionada con la presentación de la renuncia, con el pretexto de ser vinculados con una nueva empresa.

Analizadas en conjunto las pruebas aportadas, no se advierte la existencia de documento o manifestación alguna que soporte el dicho del demandante, en el sentido de que la demandada lo indujo en error o lo engañó con el argumento de que iba ser contratado por otra empresa, para que suscribiera la renuncia. Por el contrario, de la manifestación realizada por el demandante, se advierte que una vez suscrita y aceptada la renuncia, fue vinculado con la otra empresa, que según su dicho señaló la demandada, esta es, Petrolan S.A.S.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, pues no probó la existencia de vicio en el consentimiento que prestó al suscribir la renuncia, no le queda a la Sala camino diferente que confirmar la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

- Sobre el despido indirecto

Resuelve la Sala sobre la indemnización que reclama el demandante por un despido indirecto. Para este efecto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad

de alegar su ocurrencia y resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que opera la indemnización por despido indirecto, cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente la ocurrencia de las justas causas aducidas. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL 1082-2020).

Una vez revisadas las pruebas del expediente, la Sala no encuentra acreditado que el demandante hubiere presentado renuncia exponiendo los hechos y razones que darían lugar a la configuración de una justa causa.

Al respecto, del documento obrante a folio 221 del expediente, se deduce que la demandada aceptó la renuncia presentada por el demandante a partir del día 20 de noviembre de 2014, no obstante, ningún documento aportado al expediente contiene el texto de dicha renuncia, lo que impide a la Sala definir si el actor expresó a la demandada las razones que motivaban su renuncia. De ello, resulta imposible concluir en la existencia de una justa causa imputable al empleador para la terminación del contrato por parte del trabajador, lo que excluye la posibilidad de estudiar el eventual derecho al pago de la indemnización reclamada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37 2019 00171 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de una indemnización por despido sin justa causa.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FABIO GUARNIZO CUELLAR, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que terminó sin justa causa por la parte demandada. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes a pensión causados entre el 1° de noviembre de 2003 y el 22 de diciembre de 2016, a reintegrarlo a un cargo de igual o superior categoría por haber

sido despedido sin justa y sin tener reconocida la pensión de vejez, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, aportes a seguridad social y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de septiembre de 1953; que laboró al servicio de la Caja de Vivienda Popular del Distrito y devenga una pensión de jubilación convencional que se encuentra a cargo de esa entidad; que dicha prestación fue reconocida mediante Resolución N° 1491 del 4 de agosto de 2003, expedida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá; que prestó servicios personales a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 21 de junio de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003; que durante este lapso la demandada realizó los aportes a pensión respectivos al ISS hoy COLPENSIONES; que desde el 16 de diciembre de 2003 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñarse como docente catedra; que el salario variaba dependiendo de la carga académica asignada; que el 5 de diciembre de 2016, la demandada mediante oficio P-2016-475 le comunicó la terminación del contrato aduciendo una justa causa a partir del 22 de diciembre de 2016.

Señaló que la justa causa aducida por la demandada para dar por terminado el contrato, se fundamenta en que goza de una pensión de jubilación reconocida por la Alcaldía Mayor de Bogotá; que el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional no exonera a la demandada de la realización de los aportes a pensión correspondientes, en cuanto la relación laboral era completamente independiente del vínculo que tuvo con la Caja de Vivienda Popular; que la demandada le hizo suscribir una carta donde solicitaba que no se realizaran descuentos por concepto de aportes a pensión. Finalmente aduce que mediante fallo de tutela del 21 de febrero de 2017, emitido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se ordenó a la demandada reintegrarlo al cargo de docente y a pagar los salarios dejados de

percibir desde la fecha del despido; que dicha decisión fue revocada el 4 de abril de 2017, por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, que en cumplimiento de la decisión de tutela de segunda, la demandada dejó sin efectos el reintegro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA FUNDACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DE COLOMBIA. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, compensación y buena fe (fls. 98 a 112).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de junio de 2021, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$8.956.605 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por las razones ya expuestas. Cifra que deberá ser reconocida en forma indexada desde la fecha de su causación hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación, conforme la parte motiva de la decisión. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción propuesta de cobro de lo no debido propuesta por la demandada. **CUARTO: SIN COSTAS”**.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandada tenía la obligación de realizar los aportes a pensión respectivos y si acreditó la existencia de una justa causa para dar por

terminado el contrato. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las normas que rigen el sistema general de pensiones, el actor no tenía el carácter de afiliado obligatorio por gozar de una pensión convencional reconocida por el Distrito, que además fue el mismo demandante quien solicitó a la Universidad, a través de un escrito que no se realizaran cotizaciones a pensión y que como ya tenía cubierto el riesgo de vejez, es legal la decisión de Universidad de no realizar los aportes respectivos. Señaló que si bien la prestación reconocida al demandante por el Distrito tiene el carácter de compartida, quien tenía la obligación de continuar cotizando para subrogar el riesgo era la entidad que reconoció la pensión convencional.

Sobre la terminación del contrato indicó que las razones aducidas por la demandada en la carta de finalización del vínculo no constituyen una justa causa, en la medida que la Universidad conocía la condición de pensionado del actor desde el inicio de la relación laboral, y por ello, no podía usar dicha situación casi trece años después para justificar la terminación del contrato, desconociendo el principio de inmediatez. Agregó que como no está sustentada la solicitud de reintegro en la existencia de fuero alguno, en uso de las facultades ultra y extra petita, procede ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, en cuanto los hechos relacionados con la terminación del contrato fueron debatidos en el proceso.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto negó el pago de las cotizaciones a pensión. Para sustentar el recurso aduce que independientemente de que el actor goce de una pensión convencional reconocida por el Distrito, la Universidad, en virtud del vínculo laboral que existía, tenía la obligación legal de realizar los aportes a pensión, señaló que este es un derecho irrenunciable del trabajador y que aun cuando el demandante firmó una carta

donde solicitaba que no se realizaran dichos descuentos, ello no relevaba a la demandada del cumplimiento de su obligación.

Agregó que con las cotizaciones que debía realizar la Universidad el actor tenía la posibilidad de causar el derecho a la pensión de vejez por parte del sistema prestación que en su criterio, es compatible con la prestación reconocida por el Distrito, en cuanto se configuraría con tiempos de servicio distintos a los tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión convencional. Adicionalmente aduce que debe revocarse la sentencia para ordenar el reintegro solicitado, en cuanto el demandante tiene la condición de pre pensionado, pues solo le hace falta completar el número de semanas de cotización para causar el derecho a la pensión y por ello es sujeto de especial protección.

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso señaló que en casos en que se aduce como una justa de terminación del contrato la condición de pensionado del trabajador, el empleador tiene la posibilidad de establecer de forma discrecional el momento en que hará efectiva la causal, que no es una obligación alegar la causal en el momento en que el trabajador adquiere el estatus de pensionado y que en estos casos no opera el principio de inmediatez, pues es el empleador quien puede definir cuando el trabajador cumplió su ciclo y puede ser relevado de sus funciones.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente ordenar el pago de las cotizaciones a pensión causadas durante la relación laboral; establecer si para la terminación del contrato de trabajo medio una justa causa y establecer si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por tener la condición de pre pensionado.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: **i)** entre el demandante y la Universidad demandada existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 21 de junio de 1998 y el 13 de diciembre de 1999; contratos como docente hora cátedra entre el 31 de enero de 2000 y el 31 de octubre de 2003 y un contrato a término indefinido vigente entre el 1° de noviembre de 2003 y el 21 de diciembre de 2016 (fl. 51); **ii)** que mediante Resolución N° 1491 del 4 de agosto de 2003, la Secretaría de Hacienda de Bogotá reconoció una pensión convencional al demandante, en cuantía inicial de \$2.680.091 (fls. 29 a 32); **iii)** que mediante comunicación del 5 de diciembre de 2016, la demandada comunicó al demandante la terminación del contrato a partir del 22 de diciembre de 2016 y al efecto adujo la existencia de una justa causa (fl. 36).

- **Sobre la obligatoriedad de las cotizaciones a pensión**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que el numeral primero del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, establece que son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Por su parte, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, establece que la obligación de cotizar cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Del contenido de las normas referidas y teniendo en cuenta la situación particular que plantea el caso bajo estudio, es pertinente indicar que el demandante ostenta la condición de pensionado por la pensión de jubilación convencional que le fue concedida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá, mediante Resolución N° 1491 del 4 de agosto de 2003 (fl. 30).

Bajo estos parámetros, la Universidad demandada, tenía la obligación de realizar los aportes a pensión correspondientes al tiempo servido por el trabajador. Para llegar a esta conclusión, resulta pertinente indicar, que si bien el demandante goza de una pensión de carácter convencional reconocida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá (fl. 30), lo cierto es que dicha prestación no tiene la facultad de relevar del pago de las cotizaciones al empleador, ni tiene la facultad de cesar la obligación de continuar cotizando al sistema general de pensiones del actor.

A juicio de la Sala, el actor, para el momento en que mantuvo el vínculo laboral con la Universidad demandada (del 1° de noviembre de 2003 al 21 de diciembre de 2016), no cumplía los requisitos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 para causar el derecho a la

pensión de vejez, pues solo tenía 850.86 semanas de cotización (fls. 37 a 39) y aun no contaba con 62 años de edad. Tampoco se encontraba pensionado por invalidez o de manera anticipada. La pensión convencional de que goza el actor, no puede entenderse para estos efectos como una pensión anticipada, pues este tipo de prestaciones no está regulado como tal en el Sistema General de Pensiones y por ello no puede entenderse que el demandante estuviera dentro de algunas de las condiciones que prevé la norma citada, para concluir que su obligación de realizar cotizaciones al sistema había cesado.

Arribar a una conclusión diferente en el caso bajo estudio, implicaría el desconocimiento del contenido del artículo 48 Constitucional que define el derecho a la Seguridad Social como irrenunciable, pues con ello se estaría negando al actor la oportunidad de causar un derecho pensional o cualquier otra prestación del sistema que se derive de las cotizaciones que debe realizar durante su vínculo laboral con un empleador o por tener un contrato de prestación de servicios. Si bien la Universidad aduce que el demandante mediante escrito presentado el 8 de octubre de 2003 (fl. 92), solicitó de manera voluntaria que no se ele efectuaran los aportes correspondientes a pensión, dada la condición de pensionado que ostenta por la prestación reconocida por la Secretaría de Hacienda Bogotá, lo cierto es que tal comunicación no podía tenerse en cuenta como eximente de esta obligación, pues como se refirió, la seguridad social es un derecho irrenunciable.

Además de lo anterior, y atendiendo el claro contenido del artículo 53 de la Constitución Política, es obligación de la Sala aplicar la interpretación más favorable al trabajador, y al existir en el caso bajo estudio una posible interpretación distinta de las normas referidas, se prefiere la más favorable y por ello se revocará la sentencia de primera instancia en este punto y en su lugar se condenará a la demandada a pagar el cálculo actuarial

correspondiente a los aportes a pensión causados entre el 1° de noviembre de 2003 al 21 de diciembre de 2016.

Precisa la Sala, sobre este último aspecto, que se ordena el pago de los aportes a través de un cálculo actuarial, pues si bien la entidad demandada realizó algunas cotizaciones a pensión al actor con anterioridad a las fechas referidas, lo cierto es que, en octubre de 2003, reportó la novedad de retiro del actor y por ello debe concluirse en la existencia de falta de afiliación que genera el pago de las cotizaciones mediante este tipo de cálculo. Adicionalmente, no encuentra la Sala motivo alguno para eximir al demandante de asumir el porcentaje que por ley le corresponde en la conformación de su derecho pensional y por ello se condenará a la demandada al pago del cálculo actuarial únicamente en el porcentaje del aporte a cargo del empleador, que para el efecto realice COLPENSIONES, entidad de seguridad social en pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante (fl. 37).

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo.**

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización. Dentro de tales conductas, el numeral 14 del literal a), al que corresponden los hechos alegados por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato cuando al trabajador le ha sido reconocida pensión.

Sobre esta causal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que el reconocimiento de la pensión como una causa de terminación del contrato de trabajo, aplica tanto en el sector privado como en el público, y opera frente a cualquier tipo de pensiones, esto es, las legales, extralegales o

convencionales. Precisó la Corte que si bien la norma en comento no hace expresa mención a las pensiones convencionales, los trabajadores que acceden a una prestación de este tipo están en iguales condiciones de los que gozan de una de carácter legal (SL1582-2022, SL1178-2022 y SL2303-2021).

Esa misma Corporación, también ha definido que la procedencia de esta causal específica de terminación del contrato con justa causa, se enmarca en la garantía de que, entre la finalización del contrato y el inicio del pago de la mesada pensional, el trabajador no deje de percibir los ingresos que garantizan su subsistencia, pero una vez se han cumplido tales condiciones, dice la Corte, el empleador tiene la posibilidad de hacer uso de dicha causal, cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral en la empresa, es decir en cualquier tiempo (SL3108-2019, SL3146-2020 y SL1178-2022).

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos, se advierte que la Secretaria de Hacienda de Bogotá, mediante Resolución N° 1491 del 4 de agosto de 2003, reconoció al actor una pensión de jubilación de carácter convencional, por el tiempo servido a la Caja de Vivienda Popular (fl. 29). Así mismo, se encuentra acreditado que el actor inició a prestar servicios a la UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA el 21 de junio de 1998 como docente hora catedra y mantuvo dicha vinculación hasta el 31 de octubre de 2003, y posteriormente se vinculó a dicha institución mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de noviembre de 2003 y el 22 de diciembre de 2016 (fl. 51).

Sobre esto último, la terminación del contrato de trabajo, se encuentra a folio 36 del expediente, escrito del 5 de diciembre de 2016, mediante el cual la Universidad demandada comunica al demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 22 de diciembre de 2016. Al efecto, la Universidad adujo lo siguiente:

“La Fundación Universidad Autónoma de Colombia, el Consejo Directivo, el Presidente de la Institución y la Dirección General de la Universidad, quieren exaltar y agradecer su aporte permanente y sentido de pertenencia para con la Universidad, durante estos 13 años de servicio como profesor universitario y formador de nuevas generaciones de nuestro país. Igualmente, reconoce el profundo compromiso que usted demostró en el cargo desempeñado, como Docente Cátedra Categoría Adjunto Acuerdo 132/089, dentro de la FUAC.

No obstante, consciente la Institución de la necesidad de iniciar el relevo generacional, el Consejo Directivo en sesión del día 4 de octubre de 2016, Acta N° 1925, teniendo en cuenta la resolución de pensión de jubilación N° 1918649 de 2003-04-08 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, reportada activa en el RUAF, aprobó dar por terminado con justa causa el contrato laboral suscrito con usted, por lo cual surtido el proceso de acuerdo a las normas legales y convencionales, me permito informarle que la Universidad, dará por finalizado su contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de diciembre de 2016”.

Del documento referido se deduce que la demandada adujo como justa causa para dar por terminado el contrato, la condición de pensionado del actor derivada del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le viene pagando el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá desde el año 2003 (así lo aceptó el demandante en el escrito de demanda, quien manifiesta se encuentra devengando dicha prestación, fl. 3). De ello, puede concluir la Sala, a diferencia de lo considerado por el *a quo*, que en el caso bajo estudio la finalización del vínculo se dio por la existencia de la justa causa aludida por la Universidad demandada.

A juicio de la Sala y siguiendo el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se refirió precedentemente, en el caso bajo estudio se encuentra debidamente acreditada la justa causa en cuanto el demandante FABIO GUARNIZO CUELLAR tiene la condición de pensionado, y para el

momento en que se le comunicó la terminación del contrato ya ostentaba tal calidad. Si bien, el actor tiene tal condición desde el año 2003, y su vínculo con la Universidad se extendió hasta el año 2016, lo cierto es que, para este tipo de asuntos, la facultad de dar por terminado el contrato por la ocurrencia de esta causal, la conserva el empleador hasta el momento que considere pertinente hacer uso de la misma, pues no se rompe con el objeto de la norma, que, en últimas, busca garantizar el ingreso del trabajador para su subsistencia.

Por las anteriores razones, concluye el Tribunal que la terminación del contrato entre las partes se dio por la justa causa aludida por el empleador y por ello se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al pago de la indemnización por despido injusto y en su lugar se absolverá a la demandada de dicha condena.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación de la parte demandante, referido a que el actor gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por tener la condición de pre pensionado al momento de la terminación del contrato, que en su caso específico, no puede entenderse que tiene tal condición y por ello no podría llegar a ser beneficiario de esta garantía, pues como se estudió en precedencia, tiene la condición de pensionado por la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida por el tiempo servido a la Caja de Vivienda Popular. Por ello, tal solicitud, en este caso puntual carece de sustento, pues el demandante ya tiene dentro de su haber una prestación reconocida, que independientemente de la naturaleza o fuente de reconocimiento, le otorga esta calidad e impide que se estudie la eventual aplicación de un beneficio previsto para un grupo de personas que tienen una condición especial.

Por lo anterior, concluye la Sala que está demostrada la existencia de una justa causa para el despido del demandante, y por

ello la Sala revocará en este punto la sentencia de primera instancia que llegó a una conclusión diferente y ordenó el pago de la indemnización respectiva.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA a pagar el cálculo actuarial que para el efecto liquide COLPENSIONES, teniendo en cuenta únicamente el 75%, porcentaje del aporte que se encontraba a cargo del empleador, por el tiempo transcurrido entre el 1° de noviembre de 2003 y el 21 de diciembre de 2016.

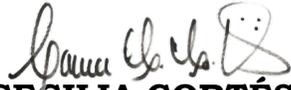
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Salvamento parcial de voto



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: FABIO GUARNIZO CUELLAR

DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTONOMA DE COLOMBIA FUAC

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00171 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Con el debido respeto se expone las razones del salvamento parcial de voto.

En el presente caso se condena al pago del cálculo actuarial de los aportes a pensión por la no cotización al sistema de seguridad social en pensiones por parte del empleador demandado a partir del 1 de noviembre de 2003 y hasta el 21 de diciembre de 2016; sin embargo, al revisarse las pruebas se encuentra que al actor se le reconoció una pensión convencional mediante Resolución 1401 de 4 de agosto de 2003 y por ello solicitó al empleador demandado la suspensión del pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

De conformidad con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida le son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del ISS, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta Ley. Entre las disposiciones a las cuales se remite la norma es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual establece en el artículo 2º las personas excluidas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, y entre ellas, en el literal c) señala a “Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación”, circunstancia que se acredita en el presente caso porque el demandante al momento de iniciar el vínculo laboral el 1 de noviembre de 2003 ya contaba con una pensión a cargo de un empleador (Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá), lo que daba lugar a considerarse excluido del sistema.

Adicionalmente, no se puede desconocer que el actor solicitó a la universidad demandada no le efectuara descuentos para pensión en virtud del reconocimiento de la pensión convencional. De tal manera que al no ser desvirtuada la manifestación de voluntad del actor ni probado algún vicio del consentimiento, ya que pese a que el demandante señaló en la demanda que fue obligado a suscribirlo, no se observa elemento de prueba que acredite esa aseveración, se considera que la decisión del juez de primera instancia que negó la pretensión debió ser confirmada.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada