

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE CARLOS HUMBERTO PINEDA, SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ, CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO Y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO CONTRA INBIMA S.A.S. Y ALIANZA TEMPORALES S.A.S.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 adoptado como legislación permanente con la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para estudiar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2021 por el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se DECLARÓ que INBIMA SAS fue la directa empleadora de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 24 de agosto de 2018 por culpa comprobada del empleador, y se CONDENÓ a la empresa INBIMA SAS, y de forma solidaria a ALIANZA TEMPORALES SAS, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales: 100 SMLMV a favor de cada uno de los progenitores del causante (CARLOS HUMBERTO PINEDA y SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ), y 50 SMLMV a favor de cada uno de sus hermanos (CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO).

El Tribunal conforme a lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, CARLOS HUMBERTO PINEDA, SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ, CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO, los primeros como padres de padres y los últimos hermanos de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, presentaron demanda contra las sociedades ALIANZA TEMPORALES SAS e INBIMA SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a las demandadas a pagar la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmaron que ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO desempeñó el cargo de supernumerario de la empresa ALIANZA TEMPORALES SAS en la empresa usuaria INBIMA SAS, como trabajador en misión, desde el 6 de abril de 2018 hasta el 24 de agosto de 2018, fecha en que sufrió un accidente de trabajo que terminó con su vida cuando manipulaba una máquina *termoformadora* por un golpe contusión y aplastamiento que ocasionó su deceso. Advirtieron que, pese a que solicitaron documentación a las demandadas sobre los procesos de inducción y capacitación que recibió el trabajador durante la ejecución de su contrato, las demandadas no acreditaron que su familiar hubiera recibido la debida instrucción para el manejo o manipulación de la máquina *termoformadora*, ni que se hubiera garantizado la prestación del servicio en un ambiente de trabajo seguro.

Piden que se condene solidariamente a las empresas ALIANZAS TEMPORALES S.A.S. e INBIMA S.A.S. al pago indexado de \$27.343.400 como indemnización por lucro cesante, y 100 SMLMV a favor de cada uno de los padres y hermanos de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, por daño moral (ver demanda en folios 2 a 13, y subsanación en folios 69 a 72).

Notificada la demanda fue contestada por ALIANZA TEMPORALES SAS, mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, afirmando que junto con la empresa usuaria INBIMA SAS realizó la capacitación e inducción integral al trabajador cumpliendo parámetros de seguridad industrial y salud ocupacional. Aduce que la indemnización plena de perjuicios hizo parte de la conciliación judicial celebrada ante el Juzgado 15 Laboral del Circuito, con DAYAN ESTEFANY TEJEIRO ALFARO compañera y representante de la hija menor del causante, CHAROL NICOLE PINEDA TEJEIRO. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *conciliación judicial, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, prescripción, genérica, inexistencia de perjuicios y solidaridad entre las partes demandadas* (ver contestación en folios 82 a 91 del plenario).

También contestó la demanda la sociedad INBIMA SAS, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que al trabajador se le brindaron todas las capacitaciones que requería para desarrollar su labor, y que se cumplieron los parámetros de seguridad en el trabajo. Asimismo, advirtió que la indemnización plena de perjuicios fue parte integral de una conciliación judicial ante el Juzgado 15 Laboral del Circuito que se realizó con la solicitante DAYAN ESTEFANY TEJEIRO ALFARO, en calidad de compañera y en representación de la hija del causante, CHAROL NICOLE PINEDA TEJEIRO. Propuso como excepciones perentorias las que denominó: *conciliación judicial, cobro de lo no debido, cosa juzgada, prescripción y la genérica* (ver contestación en folios 95 a 100 del expediente).

Terminó la primera instancia con la sentencia apelada, dictada por el Juez Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de septiembre de 2021. En ella, (i) DECLARÓ que la demandada INBIMA SAS fue la directa empleadora de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, y que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 24 de agosto de 2018 por culpa comprobada de las sociedades demandadas, y en consecuencia, (ii) CONDENÓ a la empresa INBIMA SAS y de forma solidaria a ALIANZA TEMPORALES SAS, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas

debidamente indexadas: el monto de 100 SMLMV a favor de cada uno de los progenitores del causante (CARLOS HUMBERTO PINEDA y SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ), y el monto de 50 SMLMV a favor de cada uno de sus hermanos (CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO).

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que INBIMA S.A.S. con NIT 830048433-4 fue la directa empleadora del señor ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO Q.E.P.D. a partir del 6 de abril de 2018 y hasta el 24 de agosto de 2018 conforme a lo dispuesto en las consideraciones de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR la solidaridad entre las compañías INBIMA S.A.S. con NIT 830048433-4 y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. con NIT 809012157-4 conforme a lo indicado en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: DECLARAR que el día 24 de agosto de 2018 en ejecución de la labor ordenada por el empleador INBIMA S.A.S. con NIT 830048433-4, el señor ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO Q.E.P.D. sufrió un accidente laboral por culpa comprobada de las sociedades INBIMA S.A.S. y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. CUARTO: CONDENAR a las demandadas INBIMA S.A.S. con NIT 830048433-4 y solidariamente a ALIANZA TEMPORALES S.A.S. con NIT 809012157-4 a reconocer y pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales los siguientes valores, CARLOS HUMBERTO PINEDA cédula de ciudadanía 79.578.363 padre del causante monto 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, SOFIA OSORIO HERNÁNDEZ cédula 51.993.024 madre del causante monto 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO cédula de ciudadanía 1.033.712.341 hermano del causante monto 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO cédula de ciudadanía 1.033.767.635 hermana del causante monto 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes conforme a lo indicado en precedencia. QUINTO: CONDENAR a las demandadas INBIMA S.A.S. y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. a reconocer y pagar las sumas adeudadas de manera indexada desde la fecha de causación y hasta el momento en que se produzca el pago en los términos expuestos en la parte motiva de esta*

providencia. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas INBIMA S.A.S. y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. por haber resultado vencidas en esta primera instancia, por secretaría se tasarán en el momento correspondiente. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas INBIMA S.A.S. y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. de conformidad también con lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas INBIMA S.A.S. y ALIANZA TEMPORALES S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme también a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión” (CD 7, hora 1 minuto 25:57).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el accidente de trabajo tuvo origen en falta de diligencia y cuidado del empleador, pues la máquina *termoformadora* que manipulaba el trabajador no se encontraba en condiciones óptimas de manejo, lo que entendió evidenciado por las fallas que se presentaron en el curso de la anualidad en la que tuvo lugar el accidente (año 2018), y las demandadas no probaron la capacitación previa que se le debía prestar al trabajador para que pudiera operar dicha máquina con seguridad. Frente a la vinculación del trabajador, dedujo que la empresa usuaria fungió como directa empleadora del causante, y la empresa temporal fue un *mero intermediario* que responde solidariamente, pues INBIMA SAS se atribuyó la facultad del *ius variandi* que era exclusiva del empleador y le impartía órdenes para que laborara en un área diferente a aquella para la que fue contratado. En este orden, y en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales que se derivan de la responsabilidad por los daños causados, concluyó que estos no son procedentes dado que los demandantes no demostraron dependencia del causante; no obstante, condenó al pago de perjuicios morales para resarcir la aflicción y el impacto emocional que causó el fallecimiento del trabajador de 25 años en su familia.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de ALIANZAS TEMPORAL S.A.S e INBIMA S.A.S interpusieron recurso de apelación.

ALIANZA TEMPORALES S.A.S afirma que en el expediente se demostró un actuar diligente para prevenir la ocurrencia del accidente de trabajo, pues (i) al trabajador se le suministraron dotaciones que cumplían con los requisitos mínimos de seguridad; (ii) a la máquina *termoformadora* se le realizaban mantenimientos y revisiones de manera permanente; (iii) al trabajador se le hizo una evaluación personalizada, recibió inducción en seguridad y salud en el trabajo, y se le brindaron tres capacitaciones genéricas durante la relación laboral y, el 10 de agosto de 2018, se le suministró capacitación y adiestramiento personal sobre el cargo que iba a desempeñar que incluía instrucción sobre el manejo de la máquina *termoformadora*; y, (iv) recibió llamados de atención del empleador para utilizar de manera adecuada los Equipos de Protección Personal (EPP). Aduce que no se cumplió la carga de probar culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro, por el contrario, de las pruebas se puede entender que la contingencia tuvo lugar por un acto deliberado, circunstancia que no fue analizada por el *a-quo* en su decisión. Finalmente, pide que se revise la cuantificación de los perjuicios morales, pues la cuantía de 100 SMLMV es un valor que correspondería eventualmente al cónyuge o hijos del causante, pero no a los padres y hermanos (CD 7, hora 1 minuto 30:36)¹.

¹ “Señor Juez, de manera respetuosa procedo a presentar recurso de apelación frente a la decisión que usted motivó y decidió de fondo en lo que corresponde a la condena a mi representada ALIANZA TEMPORALES S.A.S. en los siguientes términos. Usted este despacho de manera detallada hace un estudio en lo que corresponde al análisis que dice que ALIANZA TEMPORAL no actuaron diligentemente frente al infortunio y así mismo manifiesta que se evidencia que el empleador en este caso en solidaridad ALIANZA TEMPORALES S.A.S. no cumplió con una actuación eficiente y diligente y optima y, se fundamenta en unos sustentos probatorios y así mismo en unos conceptos de carácter jurisprudencial de doctrina probable, de lo anterior procedo a hacer el siguiente análisis. Si bien es cierto y debo ser así respetuoso con las decisiones de los jueces, en este caso me aparto en el sentido de la interpretación que el señor Juez hace minuciosa frente a lo que él dice no actuó diligentemente frente al infortunio y se fundamenta en los siguientes conceptos, en uno de los conceptos que primeramente se detalla es en lo que es la capacitación, aunque no nombra la palabra adiestramiento yo quisiera ubicarme también en ese concepto en este recurso para que el magistrado ponente lo analice desde otro punto de vista, en los alegatos de conclusión en la parte, testimonial que hace referencia el señor Juez y en la demanda y en los documentos minuciosos detallados pretende manifestar que mi representada no fue diligente, ¿qué es una cuestión de diligencia?, es actuar en busca de prevenir actos que puedan suceder hacia el futuro. Nosotros dentro del proceso quedó demostrado sin necesidad del detalle culposo de mi representada en mirar la minucia detallada que en una empresa tal como se encuentra trabajando el causante no era necesario acudir al tornillo o a la letra o al acto o si llenó un documento o no lo llenó el así el causante, si dejó de llenar un parágrafo o no en una capacitación, porque realmente el problema no está en cómo se hace sino qué se realizó por parte de la empresa que eso es lo que se tiene que

analizar dentro del proceso. Nosotros demostramos y probamos tal como el Juez no lo discute el 6 de abril del año 2018 señor Magistrado quedó demostrado que se hizo una evaluación personalizada con el causante y se hizo una inducción de la seguridad y salud en el trabajo, la inducción es general sobre todo lo que corresponde a la salud y el trabajo dentro del usuario que en ese entonces reposaba pues a lo que yo me hacía referencia a la contestación, este acto quedó debidamente demostrado y ratificado por los testimonios que yo manifestaba a Angie Daza que el Juez hizo referencia, luego frente a eso no hay discusión, en lo que corresponde a la segunda capacitación quiero que se analice este concepto que en el transcurso de cuatro meses señor Magistrado, cuatro meses se realizaron tres capacitaciones ¿cuál es el espíritu de la empresa?, el ser diligente, cuidadosa, preventiva, cosa diferente es que no se hubieran hecho. Se hizo una segunda capacitación o adiestramiento, pero ya no solamente de manera personalizada sino como se ordena a todos los trabajadores de la empresa, en este caso participaron 100 trabajadores dentro del cual participó directamente el trabajador. Las capacitaciones lo que se hace es primero que el trabajador elabore un documento para mirar el desconocimiento o conocimiento de lo que tiene frente al riesgo y, no como lo apreció el Juez, que si el trabajador se hace una encuesta y no llenó un cuadro quiere decir que hubo negligencia de la empresa, creo que esa no es la situación de análisis, es al revés, se hace un cuestionario y posteriormente debido a ese cuestionario se hace la capacitación para que los trabajadores se fortalezcan. Tres, el 10 de agosto de 2018 se hace una capacitación pero ya no genérica, tampoco se discute el Juez no la discute, la trae a colación de la cual se hacen por áreas tal como quedó demostrado en diferentes testimonios que mi memoria no los trae en este momento, pero entre esos se demuestra que es por áreas y por especialidad, eso se hizo dentro del cargo que él estaba entrando a desarrollar, eso también el Juez no lo valoró, valoró la minucia, entró a mirar en qué punto o en qué tornillo o en qué letra se equivocó la empresa, pero no valoró que el acto de haber capacitado el 15 de mayo general, el 10 de agosto presencial por áreas entre eso la del causante en la máquina termoformadora y se le explica al trabajador todo por un especialista pues eso se llama una segunda capacitación y un adiestramiento personal, si de pronto en la capacitación hay fallas o algunos errores ese fin es superarlo. También téngase en cuenta que el 18 de agosto del año 2018 que fue ratificado luego no presenta duda por los testigos Angie, Santiago en interrogatorio tal como lo manifiesta el Juez se hace una visita de campo, revisión de cumplimiento de normas ocupacionales, se constató que el causante FERNEY PINEDA no estaba utilizando los elementos, no sé si un guante o no guante como lo dice el señor Juez si era necesario el guante, claro que es necesario el guante porque se manejan temperaturas altas y como consecuencia la discusión del Juez que entra a analizar de manera muy minuciosa si tiene o no tiene el vestido, el guante o que si la máquina no tenía mantenimiento no es cierto, porque es tan así que el Juez entró a hacer un estudio supremamente más juicioso en el sentido de determinar qué falló en la minucia pero no cuál fue la intención del ciudadano preventivo que tuvo el empleador, recuerde que el empleador ALIANZA en ese entonces que hoy pasa a ser solidario, en ese entonces el empleador era tan juicioso señor Magistrado que no solamente se hacía la capacitación sino tenía un trabajador directo en la empresa que aunque el Juez manifiesta ese acto pero no lo analiza que se llama Santiago Ozuá que vigilaba cuando el trabajador recibía el cargo a trabajar, controlaba por medio de la mañana que se cumplieran las obligaciones de salud, de trabajo y de seguridad y volvía por la tarde y hacía el mismo recorrido, eso el Juez no lo apreció y solicito que se aprecie en ese entonces. El 21 de agosto de 2018 existen unos registros nuevamente de falla del trabajador, eso lo que está mostrando es que el concepto no actuó diligentemente que plantea el Juez no es cierto, es tan así que fue tan diligente que era tan vigilante del trabajador que hacía controles diarios de la mañana y de la tarde de los elementos de trabajo, de la capacitación y del adiestramiento que es lo que tenemos que demostrar por parte del empleador para eximirnos de la responsabilidad. Frente a los actos de actualización el empleador fue tan eficiente que no solo en recepción a los datos, sino recepcionó actualizaciones no solamente a carácter administrativo sino de salud, en qué estado estaba el trabajador, si cumplía con los requisitos para desempeñarse en un cargo o no. Se entregaron las dotaciones, yo no sé de dónde saca el Juez que no necesitaba guantes o que el cargo tenía una maquinaria especial o no especial, de todas maneras, lo que nos interesa a la empresa es demostrar que las dotaciones se les entregaba por parte de INBIMA y verificadas por la empresa que cumplieran con los requisitos mínimos de seguridad industrial, guantes, vestuario, botas, gafas y eso se les entregó, no se discute el material ni la calidad de los elementos de trabajo. En lo que corresponde a este punto que el Juez hace alusión solicito al señor Magistrado o Magistrada entre a analizar el concepto de que plantea el Juez ALIANZA TEMPORALES no actuó diligentemente frente al accidente o el desarrollo de su labor, eso nos lleva a concluir frente a ese punto que quedó demostrado que los diferentes actos en un contrato de trabajo de 4 meses y 18 días quedó demostrado, probado y superado sin presentar duda alguna que el actuar diligente, cuidadoso de la empresa ALIANZA TEMPORALES S.A.S. y así mismo del usuario INBIMA con el trabajador en vida FERNEY PINEDA y todos sus actos posteriores en beneficio de buscarle protegerlo, adiestrarlo, cuidarlo y vigilarlo. En lo que corresponde al mantenimiento de las máquinas el señor Juez y siendo yo muy respetuoso con la decisión de él aclaro, hace un análisis del mantenimiento de la máquina y mire que lo que analiza el señor Juez 1º Laboral del Circuito es que retoma el proceso histórico en contra de lo que se hace como revención, una situación además muy anormal de análisis jurídico, él dice, la máquina presentó en tal mes una falla, en tal mes otra falla, en tal mes otra falla, eso lo que está demostrando señora Magistrada es el cuidado y la diligencia que tenía el

empleador y el usuario en estar permanentemente vigilando que la máquina estuviera en buen estado, no al contrario como lo aprecia de manera equivocada el Juez dizque porque tuvo algunos daños eso quiere repercutir que al momento del accidente tenía otro daño, es una presunción del Juez mas no la probó tampoco que había un daño, no se probó que estaba dañada la máquina o que presentó algún defecto, no estaba probada, lo que quiso probarse es al contrario la carga de la prueba, es mostrar que la máquina si se vigilaba, si se mantenía y si se cuidaba tan así que se demostró que superaban los daños. Dos, quedó demostrado y probado tal como lo ratifica el mismo señor Juez pero le da un valor totalmente diferente probatorio que antes de trabajar en la máquina sea cualquier trabajador, en este caso el causante, antes de trabajar se revisaba la máquina, el problema de que estuviera 4 meses parada no tiene nada que ver, al contrario, si estaba detenida la máquina antes de ingresar se revisaba, eso es una prueba favorable para la empresa y si fallaba se retiraba el trabajador como lo dice, se suspendía la máquina, se colocaban cintas y candados para que no trabajara, eso es eficiencia y si posteriormente si se terminaba la máquina se volvía a revisar entonces de dónde sale la teoría de la no diligencia de las empresas. En lo que corresponde al accidente de trabajo solicito... nosotros tenemos norma propia señor Juez y en ningún momento los alegatos tienen términos que yo sepa señor Juez, si usted quiere pues yo suspendo acá porque me prohíbe el derecho a alegar porque... es una manifestación que usted me impide el derecho a la defensa de los alegatos debido a que usted considera que el Código General del Proceso es aplicable a las intervenciones de alegatos que en ningún momento es cosa diferente a perdón a los recursos de apelación cosa diferente a los alegatos que en eso sí hallo toda la razón, yo seguiré y usted me interrumpe señor Juez cuando considere que ya he hablado y me interrumpe y yo dejaré ahí y haré la manifestación ante el Tribunal que me permita ampliarlo... voy a tomar son las 4 en mi reloj... Accidente de trabajo, el problema se determina en definir si el trabajador en vida FERNEY PINEDA existió concurrencia de culpas, el Juez manifiesta que no hubo concurrencia de culpas o que hubo una negligencia del trabajador, pues lo que corresponde al acto deliberado no se analizó por parte del señor Juez no hubo un análisis juicioso jurídico, detalle, dizque porque él consideró que la máquina o que la hoja no había sido llenada o los actos que él considera respetuosamente, respondo frente a eso, obsérvese que no hubo testigos que demostraran que la máquina había fallado y que el trabajador había hecho concurrencia de culpas o que había habido culpa del empleador, no quedó probado, no se probó por parte del demandante que tiene la carga de la prueba, no la empresa, la empresa tiene la carga de probar que cumple con sus obligaciones ocupacionales no la carga de la prueba de probar el accidente, la carga de la prueba aquí el señor Juez no la hizo, no hizo un análisis de la carga de la prueba. En lo que corresponde a los análisis de los terceros, los análisis de los terceros concluyeron simplemente que hubo un accidente no violento, ahí nunca dice violento, sino que hubo un accidente objetivo y así se manifiesta en el concepto, por lo anterior correspondiente al accidente de trabajo se demostró que falló la máquina y no hizo un estudio juicioso de que se presumió que el trabajador fue quien disparó directamente el botón de emergencia y conforme al testigo técnico se demuestra que cuando se dispara un botón de emergencia la máquina queda sin energía, sin aire, sin actividad y eso es lo que produjo el atrapamiento, eso no lo hizo el análisis el señor Juez. Frente a lo que corresponde al problema del señor PINEDA y sus características quedó demostrado que el accidente sufrido por el trabajador no falló el empleador, cómo pudo fallar si cumplió con todas sus obligaciones y el usuario en una observancia en normas de seguridad industrial, dos, como consecuencia de lo anterior no existió testigos que pudieran desmeritar que la máquina falló o que el trabajador falló, fue un acto deliberado que no se analizó. Tres, obsérvese que el trabajador FERNEY PINEDA en vida tuvo llamados de atención, eso demuestra la diligencia del empleador, el cuidado del empleador frente a los trabajadores, obsérvese que el trabajador fue capacitado en varias ocasiones en casi una vez por mes, eso lo que le demuestra diligencia y cuidado del empleador y, en lo que corresponde a los testigos de que si la capacitación era de 8 días anterior y porque una testigo administrativa dice tres días que es la señora Angie pero no observan que los otros testigos que eran prácticos decían era que dieron 8 días de adiestramiento con antelación, no me puede presumir, lo que debe presumir es un adiestramiento anterior y eso se dio y, lo que corresponde a los daños morales si es bien cierto que están cuantificados, yo me opongo y solicito que se analice la manera como se tabulan los daños morales de 100 salarios mínimos siendo la tasa máxima, eso debe ser para directamente compañeros en este caso su cónyuge y su hijo y sus padres y sus hermanos deben ser tabulados de una manera diferente, por lo anterior, presento recurso de apelación en lo que corresponde a los efectos de diligencia frente al infortunio, frente a los cuidados que si tuvo la empresa en capacitación, adiestramiento, mantenimiento de máquinas, cuidado, prevención y solicito al señor Magistrado que se entre a analizar en caso de considerar que el fallo es procedente, analizar que los daños morales deben ser recalificados nuevamente frente a las cuantías presentadas anteriormente, en esos términos dejo presentado el recurso de apelación enalzada de la cual posteriormente ampliaré técnicamente ante la Sala correspondiente del Tribunal conforme al Decreto 806 del año 2020, en esos términos presento mi recurso, señor Juez muy agradecido a usted por la atención prestada y por los inconvenientes presentados dentro de este proceso”.

En el recurso de INBIMA SAS, su apoderado se opuso a la declaración como verdadero empleador del causante, pues el litigio no se fijó para definir la naturaleza de la vinculación del trabajador frente a la empresa usuaria. De todas formas la posición de empleador se encuentra probada en cabeza de la empresa ALIANZA TEMPORALES SAS, en quien concurren todos los elementos del contrato de trabajo. En lo que tiene que ver con la diligencia o negligencia de parte de INBIMA SAS en la ocurrencia del siniestro, explicó que el hecho de que el trabajador en vida hubiese diligenciado una evaluación y dejado espacios en blanco fue subsanado tanto por la empresa usuaria como por la empresa de servicios temporales, en el entendido de que se realizaron más de 7 capacitaciones con posterioridad, y advirtió que no se requería ningún curso para operar una máquina *transformadora*, y que fue el mismo trabajador quien en su libre albedrío no utilizó todos los recursos y EPP suministrados por la empresa. Por otro lado, señaló que, de manera permanente y a través de un equipo especializado, se hacían mantenimientos preventivos a la máquina *termoformadora*, por lo que de haberse presentado una falla en el equipo y que el trabajador hubiese pretendido arreglarla lo que pudo causar el accidente, se deberá entender que hubo culpa exclusiva de la víctima porque no era su función realizar tales arreglos; resaltó que la investigación realizada por la Fiscalía sobre la muerte del trabajador concluyó que el accidente ocurrió por un acto deliberado. Finalmente, y en lo que tiene que ver con los perjuicios morales, dice que estos solo proceden en favor de los ascendientes y descendientes del trabajador, pero no en favor de sus hermanos (CD 7, hora 1 minuto 52:21)².

² *“Muchas gracias señor Juez, procedo a presentar mi recurso respetuosamente de la siguiente manera. Primero, es evidente en el primero que tengo es la declaratoria como empleadores en esta audiencia en ningún instante dentro de la fijación del litigio se determinó o se pidió determinar si éramos o no INBIMA los empleadores del señor FERNEY PINEDA HERNÁNDEZ, entonces deseo que se haga bastante énfasis en esto porque en ningún momento se solicitó en el litigio tener como empleador a INBIMA ni en este momento como se pasa a ser o como se transmite a hacer la apreciación que hace el señor Juez de que dejamos nosotros de ser la empresa usuaria y nos traslada a la carga de ser los empleadores, el empleador es ALIANZA TEMPORALES que son los que se firmaron el contrato como se probó, les hicieron contrato laboral, subordinación y adicional a ello cumpliendo su horario y un salario, entonces este sería el primero en mi análisis. El segundo, el análisis es la interpretación que le da el señor Juez a la parte de diligencia o negligencia de parte de INBIMA S.A.S. debido a la formación o las formaciones que tienen los trabajadores, si bien es cierto las evaluaciones en un sistema de salud y seguridad en el trabajo responden a ello, a evaluar a una persona su conocimiento antes de, es por esta razón que dentro de los documentos presentados se evidencia que el reporte que tiene FERNEY PINEDA es una evaluación, es un sistema metodológico evaluativo para poder subsanar y así de esta manera poder aclarar y tener para los trabajadores mayor requerimiento y mayores compromisos, es decir, que si en la evaluación inicial de esta persona en este caso FERNEY se encontraban sin diligenciar cuadros, se*

encontraba el no conocimiento como lo hace ver o se interpreta por el señor Juez, era evidente que por esta razón se desarrollaron más de 7 capacitaciones evidenciadas posterior a la de la evaluación, es decir, que en este segundo punto refiero para que sea evaluado y sea verificado el método porque es un método de evaluación el cual nos dice qué conocimiento tiene, qué conocimiento no tiene y cuál es nuestra función, la función de INBIMA S.A.S. es esa, si no existe el conocimiento es proporcionarlo, enseñarlo y capacitarlo para que se realice y quedó probado por las personas que estaban aquí, por los testigos y las personas como las evidenciaron en las listas y en los folios documentadas que esto solamente un sistema evaluativo y no podemos basarnos en ellos como una apreciación para poder decir o poder verificar que esa es la interpretación que se le da. En tercer punto, la evaluación y la carga de la prueba no fue probada, si bien es cierto INBIMA se encargó de no solamente en su parte documental sino también en su parte testimonial de probar toda la eficiencia que tuvo para poder dar y solventar este tipo de inconvenientes o de capacitaciones, nosotros INBIMA, nos encargamos de realizar las capacitaciones no solamente con la persona que estaba acá presente, también en concordancia, en apoyo, en ayuda con la temporal, es por esta razón que acá la carga de la prueba no está para nosotros y adicional de esto INBIMA si probó que eficientemente se realizaban las capacitaciones y el apoyo para que todas las personas pudiesen realizar cualquier tipo de labor, en especial nuestro acá citado FERNEY PINEDA. Tercero, la interpretación que se le da a la formulación y a los elementos de protección personal, si se evidencia un perfil de cargo con diferentes tipos de elementos de protección personal no quiere decir o no se debe decir que exista o no se debe interpretar que porque no existan los guantes, porque no estén los guantes y porque los llamados de atención que se le hayan hecho al señor FERNEY PINEDA en vida no hayan sido por el uso de estos sino por el contrario se evidencia una vez más el libre albedrío del trabajador cuando no utiliza cualquier tipo de elemento, en este momento en el perfil del cargo y en la calidad que presenta el sistema de gestión no estaban presentes los guantes, pero ello no quiere decir que porque sea solamente un elemento no está vinculado dentro de la formación o dentro de todos los elementos de protección, por el contrario, INBIMA les entrega todos sus trabajadores los elementos de protección personal para que cumplan con su respectiva labor dentro de la empresa. En quinta instancia señor Juez, quiero hacer referencia al mantenimiento de las máquinas, verificando en su análisis nos entrega y hace alusión al 24 de agosto, 22 de agosto, 8 de julio, 14 de diciembre del 2017, 2018, 2016, esto evidencia la eficiencia de que INBIMA no solamente se encarga o protege sus trabajadores en su parte personal y con todo, cumpliendo con toda la normatividad del sistema de gestión sino que por el contrario tiene un equipo completo y un área determinada de mantenimiento donde le hacen los respectivos mantenimientos preventivos y solucionan los inconvenientes y los conflictos que puedan llegar a tener las máquinas, esta máquina tiene todos los mantenimientos preventivos requeridos, cuando la máquina queda quieta se les hace sus mantenimientos preventivos, si vamos a verificar y a identificar la interpretación que le dio el señor Juez cuando manifiesta que la máquina tenía una falla y que la máquina venía con fallas me referiría y probaría una vez más la teoría inicial en mis alegatos de conclusión que es la culpa exclusiva de la víctima porque es una consecuencia autónoma e impulsa del trabajador en pretender arreglar esta máquina, a querer organizar esta máquina cuando no era su función. Adicional a ello, se verifica que dentro del documento de la Fiscalía se evidencia que existió una muerte pero no fue de ninguna manera violenta, razón por la cual se determina aún más y se mantiene en total evidencia que es la forma deliberada en la que el trabajador actúa para realizar un tipo de hecho que no le corresponde, para finalizar en este punto voy a colación con las siguientes fechas, 1 de septiembre mantenimiento preventivo, 14 de diciembre mantenimiento preventivo, 23 de agosto mantenimiento preventivo, son los documentos que evidencian donde la máquina no solamente INBIMA hace de manera eficiente y eficaz su labor de proteger al trabajador en todo el sistema de gestión y salud en el trabajo sino que por el contrario tiene personas especializadas, organizadas, debidamente capacitadas para realizar el trabajo con las máquinas. Octavo, en cuanto al análisis que el señor Juez nos indica es la formación del trabajador, no tenía que tener ningún tipo de formación adicional o no tenía que tener ningún tipo de título adicional para poder operar este tipo de máquinas. Se evidenció en el perfil del cargo, en los testimonios de las dos personas en el área administrativa y empíricamente sus compañeros de trabajo que son personas que llevan más de cinco y diez años que no hay necesidad de tener ningún tipo de formación para trabajar en esta máquina, que no hay necesidad de tener ningún tipo de curso para una máquina termoformadora, para operar este tipo de máquina, que no existe como existiese pongo un ejemplo curso de alturas, curso de residuos sólidos, algún tipo de curso donde nos indiquen como se hizo ver en el análisis del señor Juez el curso o el sistema de trabajo de una máquina termoformadora, es decir, que se haga bastante análisis porque no es necesario tener ningún tipo de habilidades especiales para trabajar en esta operación que se hace acá dentro de la empresa, ello quedó probado con los testimonios y adicional a ello con las personas que han operado la máquina de manera si lo queremos llamar y la interpretación que le dio el Juez en este momento es empíricamente, no existe tampoco ninguna forma o no existe ningún título que tenga que tener esa la persona que utilice la máquina termoformadora. Noveno, hacer un análisis a los testimonios que se dieron, el señor Juez nos manifiesta la negligencia de parte de INBIMA por la falta de capacitación, todos los testigos, todos los testimonios, no solamente la parte administrativa que no estaba presente de la temporal alianza sino los que estaban presentes dentro de la fábrica cumpliendo su jornada laboral indicaron y dijeron que sí existían capacitaciones, que sí se daban las capacitaciones, que tenían una persona a cargo y los cuatro

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) la suscripción de un contrato de trabajo de duración por labor contratada entre ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO y ALIANZA TEMPORALES SAS, para desarrollar actividades misionales en el cargo de *operario supernumerario* en las instalaciones de la empresa INBIMA S.A.S a partir del 6 de abril de 2018 (ver contrato de trabajo en folios 43 y 44); (ii) que ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO falleció el 24 de agosto de 2018 como consecuencia de un accidente de trabajo que sufrió cuando se encontraba trabajando en la máquina *termoformadora*, contingencia que fue debidamente reportada por la empresa ALIANZA TEMPORALES SAS a la ARL SURA (ver informe de accidente de trabajo obrante a folio 34 del plenario, y en las páginas 50 y 51 del CD No 2, y registro civil de defunción a folio 35 del expediente); (iii) que en audiencia pública de conciliación celebrada el 2 de mayo de 2019 en el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, entre DAYAN ESTEFANNY TEJEIRO ALFARO, en causa propia y en calidad de representante de la menor hija del causante CHAROL NICOLE PINEDA

testimonios concluyeron que en ese momento llegó la persona que estaba que era el señor ... que se encontraba a cargo de este momento, de este tema que es sistema de gestión, entonces la interpretación que le da el señor Juez cuando indica que INBIMA es negligente con el tema de la capacitación o de cubrir o de proteger o de resguardar al empleador no la tiene positiva esta servidora debido a que todos los testimonios fueron evidentes de que sí existían las capacitaciones, existieron las evidencias y manifestó un documento de 50 trabajadores en una lista y 50 trabajadores en otra lista, ahí es donde se evidencia que sí existe un cumplimiento y como lo determina la Corte de Justicia donde establece que cada uno de los empleados, empleadores, debe proceder a realizar la capacitaciones y lo establecido para que se pueda verificar la protección y los deberes de la seguridad dentro de los trabajos para desarrollar de cada una de las empresas y cubrir la integridad no solamente física sino mental de sus trabajadores... Gracias señor Juez, continúo con la décima análisis en cuanto a los perjuicios morales, la condena que nos impone a la empresa INBIMA no tiene que ser una condena por empleadores, no estaba dentro del litigio y nosotros no somos empleadores, razón por la cual quiero que se haga bastante énfasis si existe un perjuicio moral se le debe entregar a la ascendencia y descendencia del señor FERNEY PINEDA no a los colaterales como lo están haciendo pretender acá los hermanos, la ascendencia quedó probada, comprobada que son sus padres y la descendencia como lo dijo el fondo de pensiones, la caja de compensación y demás entidades es su hija, si existiese otro perjuicio moral a quien debía darse sería su cónyuge pero aquí es evidente que los colaterales que son los hermanos estamos siendo vulnerados INBIMA en otorgar esa condena tan alta para cada uno o a cada uno de los que presentaron aquí la demanda. Para finalizar señor Juez hago el análisis de la última interpretación que indica usted culpa concurrente entre la empresa INBIMA y ALIANZA, nuevamente ratifico mi teoría, en materia laboral nosotros no podemos identificar o no podemos decir que tenemos culpas concurrentes, por el contrario podemos indicar que tenemos culpa exclusiva de la víctima como consecuencia de la actuación autónoma que tiene el trabajador de hacer algún tipo o de emprender algún tipo de arreglo en esta manera o de esta forma que lo hizo con la máquina, todo esto conlleva que el rompimiento, el nexo causal que existe entre la culpa endilgada del resultado es sencillamente el libre albedrío del trabajador en actuar en hacer de una manera o dar de alguna manera su voluntad para algo y no como se quiere hacer ver en el análisis culpa concurrente entre las dos empresas, muchas gracias señor Juez".

TEJEIRO, y las empresas ALIANZA TEMPORALES SAS e INBIMA SAS, se ratificó el acuerdo de transacción por la suma de \$50.000.000, para conciliar los daños inciertos que regula el artículo 216 del CST por muerte del trabajador (CD 2, archivo en formato PDF, páginas 42 a 45); ni, (iv) la situación de progenitores en CARLOS HUMBERTO PINEDA y SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, y de hermanos en LAURA MARITZA PINEDA OSORIO y CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO (ver registros civiles de nacimiento en folios 26, 28 y 30 del expediente).

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66 A del CPT y SS) la Sala estudiará: (i) si el juez de primera instancia en uso de las facultades *ultra y extra petita* podía definir la naturaleza de la relación contractual entre el trabajador y la empresa usuaria, y la incidencia que tendría tal situación sobre la pretensión de perjuicios morales reconocidos por el *a-quo*, en el evento de acreditarse la culpa patronal en la ocurrencia del accidente, (ii) la existencia de culpa patronal y, en dado caso, (iii) el valor de la indemnización por perjuicios morales que tasó la sentencia de primera instancia.

- **(i) Facultades *ultra y extra petita* para definir la realidad de la vinculación laboral que existió entre la Empresa de Servicios Temporales y el trabajador en misión**

Para resolver este punto de la apelación propuesta por INBIMA SAS (empresa usuaria), se debe recordar que, aunque el artículo 281 del CGP dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas, en materia laboral el artículo 50 del CPTSS autoriza al juez del trabajo en primera instancia para “ordenar el pago de salarios prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos”, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados.

Sobre esta excepción a la regla de congruencia del CGP, y la facultad que tienen los jueces laborales de primera y única instancia para proferir fallos *extra y ultra petita*, se ha pronunciado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para establecer que bien se puede ejercer, pero, *con la finalidad de no vulnerar el derecho fundamental al debido proceso*, siempre y cuando “i) los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso y, ii) que estén debidamente acreditados.” (SL 5431 de 2021, que cita la sentencia SL11042 de 2014).

Bajo estas reglas y dado que la parte demandante reclama las consecuencias que se derivan del accidente que sufrió ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO “*como causa del trabajo que desarrolló para las empresas ALIANZA TEMPORALES S.A.S e INBIMA S.A.S.*”, el juez de primera instancia se encontraba claramente legitimado para definir la existencia o no de la figura jurídica que rige a las Empresas de Servicios Temporales (EST), pues los hechos que soportarían tal decisión fueron aducidos por ambas partes en el proceso y de tal situación depende la asignación de responsabilidad en las omisiones de las que se acusa a la parte empleadora (la empresa usuaria y/o la EST), frente a la salud ocupacional del demandante, trabajador en misión.

No sobra recordar que en nuestra legislación la Empresa de Servicios Temporales es el verdadero empleador de los trabajadores en misión. No obstante, y dado que la figura del *trabajo temporal* permite el ejercicio delegado del poder subordinante por parte de la empresa usuaria, y que es precisamente de ese ejercicio que puede resultar la ocurrencia de una culpa patronal, resulta clara, a juicio del Tribunal, la posibilidad de asignar la responsabilidad que corresponda a las dos personas jurídicas que integran (como intermediario y como beneficiario de las labores) el extremo empleador en la relación de trabajo.

Para llegar a la conclusión anterior y resolver el recurso de apelación, se debe recordar que los artículos 22 y 23 del CST definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal*

a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

A su vez el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permite la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales: *i)* cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias; *ii)* cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y *iii)* para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término máximo de seis (6) meses, prorrogable por seis (6) meses adicionales. Advierte claramente el párrafo del artículo 6º, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza, aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria. Con esto último el ordenamiento jurídico evita que esta modalidad de contratación se utilice fraudulentamente por el empleador para la atención de actividades permanentes de la empresa, mediante la contratación precaria y fraccionada en lapsos cortos de sus trabajadores.

Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Corporación ha sido clara en señalar que *“[l]a vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de ésta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa cliente, como*

ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el termino temporal máximo allí previsto” (SL 271 de 2019).

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, el Tribunal no encuentra transgredidos los presupuestos que permiten la vinculación de trabajadores en misión con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales en la vinculación de ALBERTO PINEDA OSORIO, pues en el expediente se probó: (i) que fue contratado por duración de obra labor por ALIANZA TEMPORALES SAS, para desarrollar actividades misionales en el cargo de *operario supernumerario* en las instalaciones de la empresa INBIMA S.A.S a partir del 6 de abril de 2018 (ver folios 43 y 44); (ii) que no se transgredieron los plazos dispuestos en la norma, pues la margen de que dicho plazo no se hubiese expresado en el contrato de trabajo, para el momento del fallecimiento la vinculación laboral completaba menos de cinco meses de ejecución; y, (iii) que si bien en el contrato tampoco se plasmaron las razones por las que la empresa usuaria requería de la prestación de servicios transitorios del trabajador en misión, los testigos traídos al proceso afirmaron claramente que a los trabajadores en misión o *supernumerarios* se les asignaban labores en las áreas que presentaban un *aumento en la producción*.

Sobre este último aspecto declararon los testigos EDWIN SUA (testigo de la EST, CD 5 hora 2, minuto 2:17), HERNÁN SÁNCHEZ DÍAZ (testigo de la empresa usuaria, CD 6 minuto 14:27) y JOSE MARÍA VARGAS GUZMÁN (testigo de la empresa usuaria, CD 6 minuto 48:30). El primero afirmó que el causante fue asignado para trabajar en la máquina *termoformadora* para reemplazar unas vacaciones, el segundo indicó que la razón de haber asignado al trabajador en esa área fue por aumento de la producción, y el último testigo explicó que el personal podía trabajar en cualquiera de las áreas de la empresa, pero que los servicios de supernumerarios se requerían ante la necesidad de aumentar la producción.

La Sala no comparte la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia en este punto, pues la naturaleza de la figura que le permite a las EST enviar trabajadores en misión a prestar sus servicios para empresas usuarias, implica que es la usuaria quien tiene la potestad de ejercer el poder subordinante, aunque el verdadero empleador sea la EST.

- **(ii) Culpa patronal artículo 216 del CST**

Para resolver sobre el pago de perjuicios que definió la sentencia apelada, el artículo 216 del CST dispone para los empleadores sobre quien se demuestre con suficiencia la existencia de culpa en la ocurrencia de accidentes o enfermedades profesionales, de los cuales se deriven secuelas, la obligación de pagar la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que pueda sufrir el trabajador, pudiendo descontar de las sumas adeudadas las prestaciones en dinero que haya reconocido. Con esta norma se pretende de los empleadores la ejecución de acciones concretas y suficientes para prevenir riesgos laborales, sancionando las omisiones comprobadas en esta materia con la obligación de pagar la indemnización de todos los daños que pudiera haber sufrido el trabajador.

Para decidir sobre esta responsabilidad, reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si bien la carga de probar la diligencia debida frente a las omisiones de las que se acuse a un empleador la tiene éste, para que tal defensa se pueda ejercer adecuada y válidamente en un proceso judicial, la parte demandante tiene la carga de aducir cuales fueron las acciones o las omisiones concretas y específicas del empleador que generaron el accidente o en la enfermedad que causó los perjuicios. El debate se centrará en consecuencia en la ocurrencia o no de dichas omisiones.

En el caso bajo estudio, la demanda acusa al empleador de no haber capacitado al trabajador fallecido para operar la máquina *termoformadora*, ni

para el debido manejo de los riesgos que podrían llegar a tener en la manipulación de dicha máquina.

Sobre la material la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 659 de 2013 advirtió que *“el incumplimiento por parte del empleador en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es suficiente para tener acreditada la culpa en el infortunio laboral, y por ende, demostrada la responsabilidad que abre el camino a indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador, aun cuando también tendrá que existir un nexo causal entre dicho incumplimiento y el daño que se haya originado en el accidente de trabajo o la enfermedad profesional”*.

Con este fundamento normativo y jurisprudencial, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues las pruebas allegadas al plenario demuestran culpa en las dos demandadas en la ocurrencia del accidente que le costó la vida a ALBERTO PINEDA OSORIO, por omisiones en sus obligaciones de prevención de los riesgos a los que estaba expuesto el trabajador en la operación de la máquina *termoformadora*.

Se llega a la anterior conclusión, de las conclusiones de la investigación del accidente de trabajo (CD 2 de pruebas) en la cual se estableció como causa básica del accidente: *“[c]omponentes del programa de capacitación ineficaces”* y consecuentemente el *“uso anormal e incorrecto de equipos”*, y de los testimonios rendidos en el proceso, que permiten concluir lo que a continuación se reseña, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la asignación del trabajador a la máquina transformadora y el proceso de capacitación que recibió para operarla:

(i) Que el trabajador inició sus labores en la empresa usuaria con tareas diferentes a la que cumplía cuando ocurrió el accidente, pues laboró en

el área de *terminados*, conforme lo declaró por EDWIN SUA³, y en ensambles, según lo afirmó el testigo SERGIO TRIANA CHAVARRO⁴.

(ii) Que posteriormente fue asignado para prestar servicios como operador de la máquina *termoformadora*, según lo indicó el testigo SERGIO TRIANA CHAVARRO quien fue vecino y compañero de trabajo del causante. Dijo que esta situación se presentó “*de un momento a otro*”, es decir, 3 días antes de la ocurrencia del accidente.

(iii) Que si bien el causante recibió alguna capacitación para operar la máquina *termoformadora* por parte del trabajador HERNÁN SÁNCHEZ⁵, quien lo acompañó en la operación de dicha máquina durante los 3 días previos al accidente, el día del accidente dicho supervisor no lo estaba acompañado por encontrarse de permiso, por lo el trabajador se encontraba operando la máquina solo, sin que la demandada demostrara que para ese momento el proceso de capacitación hubiera concluido y poder deducir de ello que el trabajador tenía plena aptitud para la labor encomendada. Si bien, este testigo expuso que durante la formación informó al causante sobre el funcionamiento de la máquina, de los materiales que debía introducir en ella, de los documentos que se debían diligenciar previo a comenzar la operación, y otros aspectos relacionados con la parte operativa, no hizo referencia a los si el causante había sido informado sobre los riesgos que se podían presentar o sobre las acciones que debía seguir para prevenir accidentes, asunto de capital importancia dado que se demostró *ex post facto* que se trataba de una actividad ciertamente riesgos para la salud del operario, característica resultó trágicamente de mostrada con los daños que se causaron en la integridad física del trabajador .

Sobre esto último, las pruebas aportadas por la demandada no acreditaron la diligencia que se requería para cubrir los riesgos laborales ni las normas de salud ocupacional. A esta conclusión se arriba con las pruebas antes referidas

³ CD 5 hora 2, minuto 2:17.

⁴ CD 5 hora 2, minuto 34:16.

⁵ CD 6, minuto 14:27.

y (i) la orden de archivo de la investigación penal que adelantó la Fiscalía General de la Nación por el fallecimiento del causante, se consignó el resumen de la entrevista que rindió REINALDO DAVID SERRANO LINDARTE, quien expuso que el día del accidente la máquina *termoformadora* tenía una fuga de aire, por lo que procedió a repararla aproximadamente a las 9:30 de la mañana, y que 30 minutos después tuvo conocimiento del accidente de trabajo. Esta situación demuestra que se venían presentando problemas con la máquina *termoformadora*, y que el causante no estaba en capacidad de resolver tales situaciones por sí mismo y sin el acompañamiento de un supervisor (ver pruebas obrantes en el CD 2 del expediente); los testimonios de JOSE MARÍA VARGAS GUZMAN⁶ y SERGIO TRIANA CHAVARRO, quienes hicieron parte del grupo de trabajadores que auxilió al causante en el momento en el que ocurrió el accidente, quienes afirmaron que dada su ignorancia respecto de la existencia de un botón de pánico o de emergencia, tuvieron que acudir a una barra de metal para abrir la máquina y poder sacar al trabajador de su atrapamiento. Es decir, no hubo una respuesta inmediata frente al hecho, ni quienes advirtieron el accidente supieron qué acciones ejecutar para ayudar al causante en medio de la contingencia.

En ese orden, si bien los testigos traídos a juicio tanto por la empresa usuaria como por la empresa temporal de servicios explicaron la forma en que se daba cumplimiento a las normas de seguridad y salud en el trabajo en lo que tiene que ver con la entrega de EPP, las inducciones y capacitaciones generales que realizaban en la empresa, la supervisión de personas que permanentemente realizaban rondas en las instalaciones, y los mantenimientos preventivos necesarios que se le realizaba a la máquina transformadora (LADY JOHANA PARRA CASALLAS, ANGIE LORENA DAZA NAVARRETE y EDWIN SUA), se demostró ex post facto la insuficiencia u omisión de ambas empresas en brindar capacitación efectiva y suministrar manuales de procedimiento que incluyera los riesgos inherentes y asociados a la operación de la máquina *termoformadora*, actividad peligrosa y riesgosa para la vida del trabajador.

⁶ CD 6, minuto 48:30.

Cabe advertir que la hipótesis propuesta por las demandadas para desvirtuar la culpa patronal en el accidente de trabajo, según la cual se trató de un “*acto deliberado*” del trabajador, resulta contradictoria a la otra hipótesis que también se planteó durante el proceso: que la máquina *termoformadora* no presentaba riesgo alguno para la integridad de los trabajadores, porque según dijo, su manejo era “*muy básico*” “*solo era oprimir botones*” “*no se tenía que hacer nada con la máquina*”, incluso se llegó a afirmar que la máquina podría ser operada por un menor de 14 años por su poca complejidad (interrogatorio de parte de la representante legal de INBIMA SAS). No solo quedó demostrado el riesgo que implicaba para el trabajador la labor encomendada de operar la máquina, sino también y fundamentalmente que el mismo empleador que capacitó al trabajador y asignó la función tenía protuberantes errores de apreciación sobre el riesgo que la máquina representaba para los trabajadores que la operan.

Finalmente, frente a los argumentos expuestos por las demandadas sobre los llamados de atención que se le hicieron al causante por la postura que tenía en la máquina y por no portar los EPP, esta Sala considera que, con mayor razón la empresa debía haber tomado medidas eficaces para evitar el riesgo, particularmente brindando la capacitación adecuada y no haber permitido que el demandante operara la máquina sin la presencia del supervisor que lo estaba capacitando y quien para el día de marras no pudo acompañar la labor por estar en permiso.

Así las cosas, y dado que tanto la empresa usuaria como la empresa de servicios temporales tenían a su cargo la obligación de adoptar medidas de seguridad, prevención y salud para sus trabajadores en misión, resulta procedente la condena impuesta, a ambas de manera solidaria, a pagar los perjuicios que se derivaron del accidente de trabajo. Para este efecto bien cabe aplicar por analogía, la responsabilidad solidaria que regula el artículo 34 del CST entre el contratista y el beneficiario de la obra, pues si bien las empresas usuarias no son responsables del pago de los salarios, prestaciones e

indemnizaciones de los trabajadores en misión, no se pueden eximir de la responsabilidad que les cabe (a ambas) por el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos frente a los trabajadores en misión que prestan servicios dentro de sus instalaciones.

- **(iii) Perjuicios Morales a favor de los padres y hermanos del causante**

Ahora, en lo que tiene que ver con las consecuencias que se derivan del accidente de trabajo por la muerte de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, y dado que la parte actora no propuso recurso en contra de la decisión del juez que absolvió a las demandadas de los perjuicios materiales, se estudiará la procedencia del reconocimiento de perjuicios morales a favor de los padres y hermanos del causante.

Para este efecto se debe advertir que si bien el daño moral no es susceptible de prueba directa, pues se manifiesta en forma de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional, que se deben alegar, en el caso de familiares cercanos bastará con probar los lazos de parentesco pertinentes, vínculos de consanguinidad o de cercanía, asuntos que no fueron objeto de controversia.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entiende ha dicho que la prueba en casos como el presente “[...] *dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge”* (sentencia CSJ SC del 5 de mayo de 1999, citado por la Sala de Descongestión de la Sala Laboral, en la sentencia SL 4150 de 2021).

En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia que reconoció perjuicios morales a favor de CARLOS HUMBERTO PINEDA y SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ, padres del trabajador, y a favor de CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO hermanos de ALBERTO FERNEY PINEDA OSORIO, quien falleció cuando tenía apenas 25 años de edad (ver cédula de ciudadanía a folio 25), y conforme lo indicó el testigo SERGIO TRIANA CHAVARRO, vivía con sus padres.

Sin embargo, se modificará el valor de la condena que dispuso el juez de primera instancia en 100 SMLMV para cada uno de los padres, y de 50 SMLMV para cada uno de los hermanos, y seguirá el criterio expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Corporación SL 2782 y 1037 de 2019, en la que se tasaron los perjuicios morales para los padres y hermanos de un trabajador fallecido en la suma \$25.000.000 por los “*padecimientos interiores, congoja y angustia*”, pues en este expediente no se demostraron circunstancias sicológicas, emocionales o personales particulares que justifiquen valorar la pérdida del ser querido en montos superiores a los que ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en casos similares, y sirven de referencia para los jueces de inferior jerarquía

Por el resultado de los recursos, no se dictará condena en costas de la segunda instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., la Sala Sexta de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que la empresa de servicios temporales ALIANZA TEMPORALES SA y la empresa usuaria

INBIMA SAS responden solidariamente por las condenas que se imparten en esta sentencia.

2. **MODIFICAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, para establecer que el valor que ALIANZA TEMPORALES SAS y solidariamente la empresa usuaria INBIMA SAS debe pagar por concepto de perjuicios morales a favor de CARLOS HUMBERTO PINEDA, SOFÍA OSORIO HERNÁNDEZ, CARLOS HEIVER PINEDA OSORIO y LAURA MARITZA PINEDA OSORIO, asciende a la suma de \$25.000.000 para cada uno ellos, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, sumas que se deberán indexar para llevarlas a valor presente en la fecha de pago.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ AIDA CRUZ FONSECA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2022 por el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ AIDA CRUZ FONSECA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que fue mal asesorada e informada por parte de PROTECCIÓN en el año 1999 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional, por cuanto no hubo una real asesoría que incluyera información veraz en cuanto

a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez y que, a través de información *no veraz* la llevó a tomar la decisión de trasladarse de régimen prometiendo iguales o mejores beneficios económicos a los ofrecidos en el Régimen de Prima Media, generándole una afectación a sus derechos pensionales. En consecuencia, se declare que la AFP vulneró el derecho de información, que la afiliación es nula o ineficaz y que es beneficiaria del régimen de transición. Además, se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos financieros y, a esta última, a aceptarla como su afiliada, a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 a partir del retiro del sistema y los demás derechos ultra y extra petita (ver demanda y su subsanación folios 2 a 15 y 49 a 62, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado judicial.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación efectuada por la demandante a ese fondo en el año 1999, se dio de manera libre, espontánea y sin presiones engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo cual consta en el formulario de vinculación suscrito por la actora, documento que, en su sentir, se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. Asegura que la demandante ratificó su voluntad en el año 2000 al signar un nuevo formulario de afiliación. Indica que garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse de régimen. Señala que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación según lo prevé el artículo 1741 del Código Civil, el cual, en todo caso no está demostrado en el asunto. Afirma que no procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues esta opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema que en este caso no se alegan ni se

acreditan por la accionante. En todo caso, sostiene que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (ver contestación folios 122 a 174, archivo 01 expediente digital).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el actuar de esa administradora siempre ha sido conforme a la ley y a la voluntad libre y voluntaria de la demandante, libre de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, de afiliarse a ese fondo. Además, asegura que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo según da cuenta el formulario con el cual se solemnizó su afiliación y el que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones recíprocas, con lo cual se desvirtúa cualquier evento que pudiera viciar su consentimiento. Indica que la forma en como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no conlleva la ineficacia o nulidad de la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada (folios 232 a 253, archivo 01 expediente digital).

A su turno COLPENSIONES se resistió al éxito de las aspiraciones tanto declarativas como de condena que involucran a esa entidad por cuanto el traslado de régimen se efectuó con plena voluntad de la cotizante, la cual se ratificó con su permanencia por más de 20 años en el RAIS y por ello no es

procedente su nulidad. Advierte que la demandante está en imposibilidad de trasladarse al RPM por estar inmersa en la prohibición prevista en la ley y que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima. Como excepciones formuló las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada (ver contestación folios 280 a 300).

Terminó la primera instancia con sentencia de 7 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. La declaratoria de ineficacia es imprescriptible por ser un estado jurídico no susceptible de ello, a diferencia de los derechos de crédito. Consideró que había lugar al reconocimiento pensional teniendo en cuenta la edad de la demandante y las semanas cotizadas al sistema.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora LUZ AIDA CRUZ FONSECA, identificado con la Cedula de Ciudadanía 41.774.170, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES, reciba el traslado de la demandante señora LUZ AIDA CRUZ FONSECA, identificado con la cédula de ciudadanía 41.774.170 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las*

mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora LUZ AIDA CRUZ FONSECA, identificada con la cédula de ciudadanía 41.774.170 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR la existencia del derecho pensional de vejez a favor de la señora LUZ AIDA CRUZ FONSECA, identificado con la Cedula de Ciudadanía 41.774.170 también conforme a lo motivado en la presente decisión. QUINTO: DECLARAR que la demandada 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. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas en este caso por las demandadas en el presente proceso judicial. SÉPTIMO: Se condena en costas de primera instancia a los fondos privados PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., los cuales serán tasados en su debida oportunidad por la secretaría del Despacho. OCTAVO: Sin lugar a costas para la entidad de seguridad social COLPENSIONES en esta primera instancia.” (Audiencia virtual del 7 de septiembre de 2022, Hora 1:36:50).

Por solicitud de la demandante, el juez aclaró el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de precisar a la demandada COLPENSIONES que la pensión deberá a partir de la fecha en que se acredite el retiro del sistema (Audiencia virtual del 7 de septiembre de 2022, Hora 1:41:13).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pide se revoque la sentencia y, en su lugar se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto no se probó alguna circunstancia que diera lugar a la ineficacia o nulidad de la ineficacia, por cuanto el traslado se efectuó con plena voluntad de la demandante, la cual se vio ratificada con los más de 20 años que permaneció en el RAIS. Asegura que es improcedente requerir el cumplimiento de normas que eran inexistentes al momento del traslado, así como imponer obligaciones y pedir soportes no previstos en la ley, y que no está obligada a reconocer la pensión de vejez a favor de la demandante porque esta se encuentra válidamente vinculada al RAIS. De confirmarse la sentencia, pide se le faculte para obtener por las vías judiciales los valores no previstos al momento de efectuar el reconocimiento pensional y se le trasladen todos los recursos por parte de los fondos¹ (Audiencia virtual del 7 de septiembre de 2022, Hora 1:44:12).

¹ “Gracias su señoría interpongo, recurso de apelación contra la sentencia que ha sido proferida en esta primera instancia rogando a los honorables magistrados se sirvan revocar en su totalidad la sentencia que ha sido proferida en esta primera instancia en donde se condena a Colpensiones a recibir el traslado de los aportes como a reconocer o una pensión de vejez al momento en que acredite retiro por parte de la demandante, en atención a que no encuentre esta defensa que se encuentre probado lo que diera lugar a que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado en particular en atención que el traslado de los aportes que realizó la demandante lo hizo con plena voluntad y en consecuencia, no es procedente que se declaren a la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al RAIS y en consecuencia de ello, se condena a Colpensiones a recibir los aportes para activar su afiliación al régimen de Prima media, teniendo en cuenta que, para el caso en particular, la afiliación al régimen de ahorro individual se realiza con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia lo realiza solicitando y suscribiendo los formularios para efectuar el traslado y dicha voluntad se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS. Asimismo, es preciso traer a colación que el artículo 2 de la Ley 797 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada vez en cuando, cada 5 años, contados a partir de la selección inicial sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003 limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones entre el 01 de abril de 94 para quienes conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento. Ahora bien, sobre la constitucionalidad de los actos de las anteriores restricciones se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C - 624 de 2004, cuyo contenido reprodujo en lo pertinente en la sentencia C- 062 de 2010 en dicho fallo manifestó lo siguiente: el objeto perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de Prima media que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representará en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste económico pudiese trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10

irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Asimismo, es necesario reiterar el recalcar a los honorables magistrados que es improcedente que se requiere el cumplimiento de una norma que era inexistente al momento del traslado del régimen pensional realizado por la parte actora respecto al de la información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones, es preciso recordar que las demandadas no desconocen su existencia desde el año 93, con la expedición de realización del 93 y el decreto 663 del 93, sin embargo, es de resaltar que dicho deber se intensifica con la expedición de la ley 13282 del 2009, en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo por lo que no es dable requerir las mismas formalidades en la asesoría previo al traslado del momento mismo de la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador, la jurisprudencia y le han dado con el transcurso del tiempo no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen portal la exigencia de la virtud del principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recurso, sino que además, como les parecerá artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y violada el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación asimismo. Es necesario resaltar que el momento en que se practique el interrogatorio de parte de la demandante esta se debe la voluntad que tuvo al momento de realizar el traslado de sus aportes, pues como bien serían las alegaciones esta realizó con posterioridad un traslado horizontal de Porvenir a Protección y nuevamente regresó a Porvenir, ratificando de esta manera su voluntad de realizar cotizaciones al (RAIS), así como la permanencia por más de 20 años ratifica dicha situación por lo anterior, ruego a los honorables magistrados se revoque la decisión que ha sido tomada en esta instancia y se revoque en el sentido de que Colpensiones, no está en la obligación de reconocer la pensión de vejez en su oportunidad a la actora en atención que el traslado que efectuó goza de plena validez y quién debe realizar dicho reconocimiento deberá ser el fondo privado con el que ésta se encuentra actualmente, realizando las cotizaciones más sin embargo, si los honorables magistrados decidieron apartarse de las razones que han sido expuestas por esta defensa, ruego se otorgó a Colpensiones la facultad para poder realizar u obtener las vías judiciales los valores no previsto al momento en que deba realizar el reconocimiento pensional a que tuviera lugar la demandante asimismo, se trasladen todos y cada uno de los dineros por concepto de aportes, bonos, gastos de administración y demás por parte de los fondos privados de Porvenir y Protección que hubiera realizado la parte actora en su oportunidad conforme la anterior, doy por sustentado un recurso de apelación, no sin antes reiterar la solicitud de los honorables magistrados, se revoque la decisión que ha sido tomada en esta instancia, se absuelva Colpensiones entre todas y cada una de las de las que han sido impuestas en esta instancia. Gracias Señoría”

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la

demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 778,86 semanas²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 2 meses y 5 días)³; y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con el requisito de edad de pensión (tenía 64 años de edad – ver archivo 01 folios 16 y 45).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4, 5},

² Ver historia laboral expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público folios 22 a 223, archivo 01 del expediente digital.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) –dice la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que su traslado se dio cuando trabajaba en HABITAMOS, hasta donde llegaron los asesores de PORVENIR quienes, con autorización de la empresa efectuaron una reunión grupal en la que les indicaron que el seguro social se iba a acabar y que solo podrían efectuar aportes en los fondos privados, precisando que la pensión se otorgaría en las mismas condiciones que en el fondo público (Audiencia virtual del 7 de septiembre de 2022 Min. 19:15).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del

mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal revocará el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia por cuanto se advierte que no procede el reconocimiento judicial de la pensión en este momento, pues COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado con la devolución de los aportes que la financiarán.

No se puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que cometieron terceras personas (los fondos de pensiones).

Exp. 01 2020 00221 01
Luz Aida Cruz Fonseca contra Colpensiones y otras.

Solamente cuando se reciban los aportes, podrá COLPENSIONES definir si el derecho se causa en favor de la demandante, el monto de la mesada que le corresponde y la fecha de pago de la primera mesada, previa desafiliación del Sistema y conforme a la actualización y consolidación de la historial de cotizaciones.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE GLADYS STELLA ROMERO PÉREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2022 por el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, abogado inscrito a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 365.094, como apoderado principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GLADYS STELLA ROMERO PÉREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia *y/o nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 15 de octubre de 1999, con fundamento en que los asesores de la AFP la convencieron sin informar de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias de su decisión, no le indicaron ventajas y desventajas de cada régimen ni le efectuaron una proyección de su pensión, pese a lo que aseguraron que su mesada sería mayor a la que obtendría en el entonces ISS, entidad que desaparecería y sus aportes se perderían, por lo que su única opción era el traslado a un fondo privado. Tampoco se le informó sobre la imposibilidad de trasladarse antes de 10 años de alcanzar la edad pensional ni sobre el periodo de gracia contenido en la Ley 797 de 2003 para el traslado de régimen. Previo a la presente acción verificó que la mesada que obtendría en el RAIS sería muy inferior a la que tendría derecho en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide COLPENSIONES active su afiliación, y se condene a la AFP a trasladar a dicha entidad los todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados con motivo de su afiliación. (Ver demanda en archivo 01 folios 2 a 10 y carpeta 06 folios 2 a 11).

Notificada la admisión de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado no sólo se hizo en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, sino que se presume válido, por lo que deberá la parte actora probar el aducido vicio en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin ser beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de mérito: *error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran*

recursos del sistema general de pensiones e innominada o genérica. (Ver contestación en carpeta 08 folios 1 a 14).

Pese a que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. allegó contestación de la demanda (carpeta 10 folios 1 a 24), mediante auto del 25 de marzo de 2022 se tuvo por no contestada, por haber sido allegada de manera extemporánea (Ver archivo 12).

Terminó la primera instancia con sentencia de 13 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Al tratarse de un derecho íntimamente ligado a la prestación pensional, no es susceptible de prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante señora GLADYS ESTELA ROMERO PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía 46.352.357 a través del fondo administrado por la demandada PORVENIR SA., conforme lo expuesto en presidencia. SEGUNDO: ORDENAR a la demanda COLPENSIONES autorizar el traslado pensional de la demandante GLADYS ESTELA ROMERO PÉREZ, identificada con la cedula de ciudadanía 46.352.357 al RPM-PD, en las mismas condiciones pensionales que tenía el momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante GLADYS ESTELA ROMERO PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía*

46.352.357, en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses al lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR que la demanda 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. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandas, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. SEXTO: Sin costas para las partes en esta primera instancia.” (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2022 – archivo 18 Hora 1:16:48).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, en el recurso, pide que se revoque el numeral sexto de la sentencia, por cuanto no condenó en costas a las demandadas pese a que se opusieron a lo pretendido, e incluso PORVENIR S.A. fue la causante de *toda la situación*, por lo que procede la imposición en los términos del artículo 365 del CGP (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2022 – archivo 18 Hora 1:18:41)¹.

En recurso de COLPENSIONES, su apoderada, pide que se revoque la decisión, por cuanto en el presente asunto se advierte cumplido el deber de información al momento del traslado y se brindó la asesoría pertinente

¹ “Muchas gracias, señor juez, con el debido respeto procedo a presentar al recurso de apelación... discúlpeme... para que sea resuelto. Bueno, el honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá - Sala Laboral, únicamente en cuanto al artículo sexto de la resolutive de la presente sentencia, en tanto no condenó en costas a las demandadas, toda vez que fueron vencidas en juicio. COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y PORVENIR provocó toda la situación que en este momento nos convoca al proceso. Entonces, en los términos del artículo 365 del CGP, procede la condena en costas en contra de las vencidas en el proceso, esto es, en contra de PORVENIR y COLPENSIONES. Muchas gracias, señor juez”.

conforme las normas vigentes, sin que fuera dable negarse a la afiliación conforme a la libre elección de régimen dispuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sumado a que la manifestación de voluntad de la actora de permanecer afiliada al RAIS se ratificó con los continuos aportes efectuados al mismo. Así mismo, en la actualidad se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 y, en todo caso, en interrogatorio de parte se evidenció que la motivación para el traslado es *meramente* económica. En caso de no acoger los argumentos de la apelación, pide se disponga el traslado de todas las sumas a cargo de la AFP, así como que se autorice a COLPENSIONES para adelantar las acciones judiciales correspondientes en caso de un eventual reconocimiento pensional. (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2022 – archivo 18 Hora 1:19:28)².

² *“Gracias, su señoría, se interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido proferida en esta primera instancia, en atención a que el traslado de los aportes realizados por la parte actora se realizó con plena voluntad y de manera libre. Asimismo, en su oportunidad le fue brindado por el fondo privado las asesorías a las cuáles era obligado conforme la norma preexistente y que regulaba la materia para el momento en que ocurrieron los hechos. Asimismo, es preciso relacionar que la a la luz de la normativa del literal B del artículo 13 de la ley 100 del 93, la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Asimismo, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma será acreedor a las sanciones de que trata el inciso primero del artículo 27, perdón, del artículo 271 de la presente ley. Asimismo, es preciso señalar que el momento en que se realiza el interrogatorio a la demandante por parte de defensa se observa que en todo momento se ve la manifestación libre y voluntaria de realizar el traslado de sus aportes. Asimismo, al momento en que se le pregunta cuáles fueron en las los motivos que la llevaron a iniciar la movilidad de la afiliación la demandante (...), se observa que son motivos meramente económicos conforme lo anterior se ruega a los honorables magistrados que sea revocada la decisión que se produjo en esta instancia, en atención a que no se deberá acceder a que se declare la nulidad de la afiliación pues la demandante en todo momento ratificó su voluntad de permanecer realizando aportes en el fondo privado y dicha voluntad se vio ratificada por lo más de 20 años que realizó aportes al RAIS, más sin embargo, si los honorables magistrados decidieran apartarse de las razones que han sido impuestas por esta defensa, se les ruega se le garantice a COLPENSIONES le sean devueltos todos y cada uno los dineros por concepto de aportes que realizó la parte actora, así como los bonos, gastos de administración, frutos e intereses que se hubieran podido generar por los aportes realizados, asimismo, se faculte a COLPENSIONES para que por las vías judiciales pueda obtener los valores no previsto en caso de un eventual reconocimiento de la pensión de vejez a la actora. Conforme a lo anterior doy por sustentado mi recurso de apelación, no sin antes reiterar a los honorables magistrados sea revocada la decisión que se toma en esta instancia, pues a lo largo del proceso no se logra probar el vicio en el consentimiento la falta de asesoría, el deber de la información que le asistía, el fondo privado para que se declare la nulidad del traslado. Gracias, su señoría.”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho al traslado de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los

requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 302,43 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 meses y 19 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado el requisito de edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver archivo 01 folio 11 y archivo 04).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

³ Ver historia laboral actualizada por Colpensiones en expediente administrativo – carpeta 13 folios 132 a 141.

⁴ *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5,6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento (...) tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se presentaron los asesores de PORVENIR a su lugar de trabajo, quienes en una charla grupal le aseguraron que el ISS se iba a acabar y sus aportes se encontraban en riesgo, por lo que debían aprovechar la oportunidad de trasladarse a dicho fondo, el cual le permitiría pensionarse en cualquier momento y retirar sus ahorros (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2022 – archivo 18 Min. 17:44).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a

sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto autorizó a COLPENSIONES para obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, en respuesta al recurso interpuesto por la parte actora, se revocará la decisión que absolvió de la condena en costas para, en su lugar, condenar a las demandadas, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en carpeta 08 folios 1 a 14). Si bien la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no contestó la demanda, también manifestó oposición a las pretensiones incoadas (carpeta 10 folios 1 a 24).

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral sexto de la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 02 2019 000254 01

Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ROSALBA CHACON DIAZ CONTRA LA
FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2022 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se DECLARÓ PROBADA la excepción de cosa juzgada y se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba la indexación de la primera mesada pensional.

AUTO

Revisado el expediente, la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE presenta impedimento para conocer el asunto por la causal que contempla el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, pues participó en la Sala de decisión que dictó sentencia en el proceso ordinario laboral No. 32 2011 00626 01.

La Sala ACEPTA el impedimento presentado por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE, dado que en este expediente se estudian hechos que fueron expuestos en la controversia anterior, esto es, la indexación de la primera mesada de la pensión de sobrevivientes que fue reconocida a la demandante.

EXP. 02 2019 000254 01

Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

CÚMPLASE.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ROSALBA CHACÓN DE DÍAZ presentó demanda contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene la indexación de la base salarial con la que se liquidó su primera mesada pensional. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar las diferencias causadas junto con los intereses moratorios y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS mediante Resolución No. 054 de 1982 le reconoció pensión legal de sobrevivientes, con fundamento en lo previsto en la Ley 12 de 1975, a partir del 28 de noviembre de 1981 en cuantía inicial de \$14.957,11, para cuyo cálculo se tuvo en cuenta la suma de \$19.942,81, correspondiente al salario promedio devengado por su cónyuge ALVARO DÍAZ MATIZ (Q.E.P.D) durante el último año de servicios (del 1 de enero al 31 de diciembre de 1978), al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%. Asegura que la prestación fue reliquidada en el año 1996 incluyendo en la base salarial la *prima de vacaciones*. Advierte que el salario promedio del último año no fue indexado

al momento del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, de 1978 a 1981, pese a ser *un deber legal conforme la sentencia SU-1073 de 2012*. Indica que mediante apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral la cual correspondió al Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2011-00389, quien mediante sentencia del 20 de febrero de 2012, confirmada por el Tribunal en fallo del 17 de abril de 2022, negó la indexación con fundamento en que la pensión fue reconocida con anterioridad a la Constitución de 1991. Sostiene que por virtud de las Sentencias 1073 de 2012 y SU168 de 2017, solicitó ante la demandada la indexación de *la primera mesada pensional*, petición que reiteró el 28 de octubre de 2016 y el 16 de mayo de 2018, y que le fue negada por la demandada el 4 de abril de 2013 y el 16 de noviembre de 2016 (ver demanda folios 5 a 21, archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETERIOS, mediante apoderado, contestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la empresa liquidó y viene pagando la pensión extralegal desde *al día siguiente de la terminación del contrato de trabajo* y, por tanto, no adeuda suma alguna. Además, sostiene que en el presente caso existe cosa juzgada por cuanto ya la justicia ordinaria se pronunció en forma definitiva sobre el asunto. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante y cosa juzgada (ver páginas 205 a 220, archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de septiembre de 2022, a través de la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ PROBADA la excepción de cosa juzgada y ABSOLVIÓ a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción formulada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a través de*

EXP. 02 2019 000254 01

Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

apoderado judicial, de COSA JUZGADA, absteniéndose de abordar el estudio de los demás medios exceptivos formuladas por la pasiva. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante ROSALBA CHACÓN DE DÍAZ, conforme a lo expuesto en precedencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante a favor de la parte demandada, señalando como agencias en derecho en este proceso, la suma equivalente a un (1) SMLMV para la fecha en que se adopta esta decisión. CUARTO: En caso de que esta decisión no fuere impugnada se dispone como ya se indicó su remisión el grado jurisdiccional de consulta ante el Tribunal Superior - Sala de Decisión Laboral” (Audiencia Virtual del 6 de septiembre de 2022, archivo 19, récord 1:08:24).

Para tomar su decisión, el juez concluyó que el asunto tenía identidad de partes, causa y objeto con el proceso que cursó en el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado No. 2011 00389.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante asegura que en la sentencia se dejó de lado el análisis planteado en la demanda frente a la aplicación de principios constitucionales, el *perjuicio de tracto sucesivo para este tipo de prestaciones*, y la aplicación del precedente de la Corte Suprema de justicia vertido, principalmente, en la sentencia SL-979 de 2019 frente a la teoría de los *hechos nuevos* en materia de cosa juzgada, en los casos en que se persigue la indexación de la primera mesada pensional. Considera que defender a *rajatabla* la figura jurídica de la cosa juzgada “*riñe claramente con la prevalencia del derecho sustancial*” y pone en contraposición el principio de legalidad y el derecho a la *indexación de la primera mesada pensional* que, a su vez, comprende los derechos de equidad y mínimo vital¹ (Audiencia Virtual

¹ “*Muchas gracias, su Señoría, estando dentro de la oportunidad procesal que me otorga el despacho y la ley, me permito presentar recurso de apelación contra la presente decisión*”

judicial para efectos de que ante el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá sea revocada la misma y se proceda a las condenas pertinentes ya señaladas en la demanda, lo cual hago de la siguiente forma. En principio, y luego de escuchar la decisión judicial que se acaba de tomar, el presente togado pues llega a una conclusión con base en lo presentado en la demanda, en la oposición y lo que finalmente concluyó el despacho. En el itinere de la decisión y la argumentación, que lleva como conclusión a esta decisión, sólo vemos que bajo el principio de congruencia se abordó el análisis de la cosa juzgada, figura, constitucional jurídico procesal, pero se dejó totalmente el lado del análisis o la contra argumentación de lo que se planteó en la demanda bajo los principios constitucionales y lógicamente, el derecho fundamental autónomo que le asiste a mi representada, y vuelvo y tengo que insistir en esto porque desde luego que entiendo y comprendo y con todo el respeto así lo afirmé, que los funcionarios judiciales y la rama judicial está sometido al principio de legalidad, pero ello no es lejano a lo que estamos solicitando con la presente acción judicial porque creo que, o digamos esta parte, queda con el queda con el, o echa de menos un poco más bien la contraargumentación frente a lo propuesto. Lo único que notamos es que se señala que el precedente Constitucional no resulta aplicable a este caso, que fue el último argumento, pero de ser ello así, también habría sido, habría habido cabida también a un análisis importante que se planteó y es que, contrario a lo dicho en la decisión consignada en la argumentación de la presente decisión que apelamos, la Corte Suprema ya se ha pronunciado y es un precedente que es aplicable de manera expresa y no de manera genérica, porque lo que vemos es que tomando el precedente 2014 y 2020, se llega genéricamente a la misma conclusión que llegó al despacho qué es la cosa juzgada y cuándo aplica, pero qué es la indexación de la primera mesada pensional y cuáles son las consecuencias de un derecho autónomo cuya violación se predica de una violación a una vulneración de tracto sucesivo, por ningún lado se mencionó. Entonces creo que no se hizo el abordaje que debía haberse hecho para este caso, quedamos con esa insatisfacción porque creo que cualquiera que viene acá y se presenta, presenta una demanda, una pretensión y unos fundamentos, merece un poco, dentro del principio de carencia argumentativa, que le sean respondidas esas peticiones, lo cual no sucedió el día de hoy. De alguna forma también deja el sin sabor de que habiendo un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral se haya pasado del lado de el, es decir, debo decir que, o debo entender que fuimos contra un precedente en la misma Sala de Casación Laboral sin hacer ninguna justificación o salvedad, porque pues para desviarnos de ese precedente teníamos que haber llegado o queríamos nosotros escuchar alguna justificación, lo cual no sucedió el día de hoy, por eso solicito al Tribunal, dentro del ejercicio que impone a este este profesional del Derecho, que me responda estas inquietudes porque creo que cualquier ciudadano de a pie sometido a la Constitución del 91 debe o tiene el derecho a exigir a la administración de justicia que se resuelvan esas inquietudes tal cual se plantean dentro de un principio de congruencia, lo cual no sucedió en el presente caso. No se miró el Derecho autónomo de la indexación de la primera mesada pensional, no se miró el desarrollo constitucional ni la sentencia de unificación, si se quiere y como inveteradamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que pues no está sometida en pleno a las decisiones de la Corte Constitucional, pues eso debió haberse dicho de manera más explícita o echarnos a nosotros que se debiera de digamos expresado de manera más explícita pero contrario a ello, también se desacató una decisión como la SL- 979 al 13 de marzo de 2019, cuya ponente es la doctora Clara Cecilia Dueñas. En ese orden de ideas, remitirnos a lo que se dijo en la sentencia, es casi que argumentar lo mismo que dijimos sobre la figura de la cosa juzgada. Nosotros no presentamos, o sustentamos la demanda no desconociendo ello y aquí me asiste a mí un deber profesional de transparencia para con la administración de justicia señalarlo, porque lo mismo que dijo el despacho es lo mismo que se dijo en la demanda conforme si se quiere decir así, una confesión porque claramente se trajo esas mismas pruebas. Lo que se propuso es precisamente una contraargumentación o una ponderación entre los principios, eso era lo que nosotros esperamos bajo el principio de congruencia saliera de este ejercicio, no obstante, no sucedió, por eso esa es de base nuestra insatisfacción. Ahora bien lo que debemos decir desde el punto de vista dogmático de nuestra solicitud ya está dicho, pero tengo que reiterar nuevamente lo dicho en los alegatos de conclusión porque, de cara a lo que estamos solicitando, no resulta arbitrario resulta totalmente amigo de los principios que ya han sido defendidos tanto por la Corte Constitucional como el reciente pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia y es que en este caso no se tuvo en cuenta el desarrollo jurisprudencial

del 6 de septiembre de 2022, archivo 19, récord 1:09:47).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

que se ha señalado de cara a que, de cara a los perjuicios de tracto sucesivo para este tipo de prestaciones. Hablamos de una persona de la tercera edad que ha venido asumiendo por más de 30 años, ya casi no casi 40 años, una injusticia basado en un principio de legalidad, si se quiere decir, en este momento desde que se hagan sucedido los 2 procesos judiciales anteriores, digamos amparar la injusticia con base en una norma recuerda las palabras del maestro Eduardo J. Couture cuando nos señaló sobre claramente sobre la interpretación de las normas procesales y dijo: el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho. La ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han sido, no han podido entrar en la imaginación del legislador. Esto es una sentencia atemporal que nos dejó el maestro Eduardo J Couture y que creo que se pone de presente en el día de hoy porque defender la figura jurídica o una institución procesal así a rajatabla o de manera ciega, riñe claramente con la prevalencia del derecho sustancial, estamos en contraposición de dos principios, legalidad, si se quiere acoger la institución de la cosa juzgada, y también el principio autónomo del derecho a la indexación de la primera mesada pensional del cual se dividen los principios de equidad y mínimo vital. Entonces, en ese orden de ideas, esta parte siente que no se hizo el análisis correspondiente dentro de la presente decisión y solicitó al Tribunal que por favor se aborde la causa dentro de las, dentro del criterio dentro o de la ponderación solicitada para efectos de que se le dé aplicación el precedente judicial y se ordene el pago de la indexación de la primera mesada pensional de mí representada, junto con las correspondientes diferencias pensionales causadas desde del momento a que haya derecho conforme a las normas procesales de la prescripción. Dejo de presente nuevamente el pronunciamiento SL- 979 del 13 de marzo del 2019, el cual pues en este caso creo que debo sentar una transcripción o una lectura pues expresamente va en contravía sin ninguna justificación como sucedió el día de hoy con lo dicho por el despacho. En esa ocasión la Corte Suprema de Justicia con la ponencia antes señalada dijo: Pues bien, como puede observarse en las decisiones, reseña la Corte Constitucional defendió férreamente el derecho a la indexación de la primera mesada pensional de todos los pensionados, sin importar el tipo de pensión, su fuente legal o fecha de causación. Por este motivo en los fallos de unificación SU- 120 del 2003 y SU- 1073 de 2012, dejó sin efectos sendas sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria laboral que negaron tal actuación y en las sentencias de constitucionalidad C- 862 de 2006 y C-891 A de 2006, declaró la exequibilidad de los artículos 260 del Código Sustantivo y 8 de la Ley 171 del 61. En tal sentido que las prestaciones de jubilación sanción y restringidas de obligación ahí consagradas debían ser traídas a valor presente e incluso mediante diversos fallos de tutela T- 014 de 2008, T- 130 de 2009, T- 306 de 2003, T- 183 de 2012, le dio la oportunidad -en esto llamó la atención- a los pensionados que resultaron vencidos en juicios anteriores a las decisiones, Su-120 de 2003, C-862 de 2006 y C- 891 A 2006 de iniciar un segundo proceso laboral, en cuyo seno no sería válido alegar la existencia de cosa juzgada, habida cuenta que esos precedentes debían ser considerados como un hecho nuevo. Tenemos un precedente del año 2019, posterior a los procesos, el cual acabamos de leer y en el que claramente establece lo que es un hecho nuevo. No se dijo nada sobre ese precedente, no se hizo explicación o justificación de por qué nos apartamos de ese precedente, entonces solicito al honorable Tribunal que tenga en cuenta ese precedente también para decidir lo que es bajo el principio de congruencia, lo que hemos solicitado en la presentación acción y conforme a lo ya expuesto y los señalado y reseñado la demanda se proceda a las condenas junto con los pertinente pagos de las diferencias e intereses moratorios y las costas y agencias en derecho muchas gracias su señoría”.

EXP. 02 2019 000254 01

Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

No fue objeto de controversia que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS mediante Resolución No. 054 del 11 de mayo de 1982 reconoció a favor de ROSALBA CHACÓN DE DÍAZ pensión especial de sobrevivientes, a partir del 28 de noviembre de 1985, en cuantía inicial de \$14.97,11, correspondiente al 75% del promedio salarial devengado durante el último año de servicios por su esposo -\$19.942.81- (ver folios 42 a 44, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), la cual fue reliquidada en el año 1996 para incluir el porcentaje equivalente a la doceava de la prima de vacaciones recibida por el trabajador en el último año de servicios (ver folios 229 y 230, ibidem).

El Tribunal debe definir (i) si operó o no el efecto de *Cosa Juzgada* con las decisiones tomadas al interior del proceso ordinario laboral No. 32 2011 00389 01 promovido por ROSALBA CHACÓN DE DÍAZ contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS; y en dado caso (ii) si hay lugar a indexar la base salarial para liquidar la primera mesada pensional reconocida a la demandante.

(i) **COSA JUZGADA.** Para resolver lo que corresponde, el artículo 303 del CGP asigna el efecto de COSA JUZGADA a las decisiones judiciales que se han pronunciado previamente sobre el mismo objeto (pretensiones), fundadas en los mismos hechos (causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que aunque dos procesos no sean absolutamente idénticos, ocurrirá el efecto de cosa juzgada cuando del núcleo de la causa - es decir los hechos debatidos- y de las pretensiones de ambos procesos -el objeto- se evidencie una identidad esencial de la cual se pueda inferir razonablemente que la segunda acción busca *replantear una cuestión litigiosa que ya se resolvió*², y que ello que ocurre si “*el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado es el mismo, esto es, el por qué se*

² Sentencia del 18 de agosto de 1998, Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Radicación 10819. Mag. Ponente Dr. José Roberto Herrera Vergara.

reclama” (SL1141 de 2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y JORGE MARIO BURGOS RUIZ).

Con estas referencias normativas y jurisprudenciales, encuentra la Sala configurado el efecto de Cosa Juzgada en la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2012, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 17 de abril de 2012 dentro del proceso con radicado 32 2011 00389 00 promovido por la aquí demandante contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, pues en dicho expediente se procuró, al igual que en este asunto, la *indexación del ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes* que le fuera reconocida por la demandada a partir del 28 de noviembre de 2018, como se observa del contenido de la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de abril de 2012³ (ver folios 53 a 60, archivo 001 del expediente digital trámite de primera instancia) en la que se confirmó la absolución de la demandada frente a tal solicitud con fundamento en que la indexación de la primera mesada pensional *se ha reconocido para aquellas pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, pues ella es su fundamento y en ese caso, la prestación fue concedida mucho antes de la entrada en vigor de la Constitución.*

Esta misma pretensión es el objeto de la demanda presentada el 2 de abril de 2019 de la que ahora se ocupa la Sala (ver pretensiones en folios 9 a 11 del archivo No. 001 del expediente digital).

La configuración del efecto de Cosa Juzgada no es ajena a la parte actora, quien de hecho solicitó que se declare, frente a la solicitud de indexación de

³ En los antecedentes de esa providencia se consignan como pretensiones: “*el proceso estuvo orientado al reconocimiento y pago de la indexación del ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la demandante por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a partir del 28 de noviembre de 1981 y a la reliquidación de la misma, teniendo en cuenta para ello la inclusión dentro del promedio que sirvió de base para obtener el valor de la pensión legal, la prima de vacaciones devengada por su esposo ALVARO DÍAZ MATIZ durante el último año de servicios, liquidarle los reajustes anuales correspondientes y los intereses moratorios*”.

primera mesada pensional, que “*no ha operado la excepción y/o regla de COSA JUZGADA, por ser este un derecho universal, de tracto sucesivo, imprescriptible, irrenunciable, tal como se estableció en la sentencia SU-1073 de 2012 y de carácter sustancial prevalente*” (ver petición E, página 10 ibidem).

Para responder a estos argumentos reiterados en la apelación advierte la Sala que, aunque la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL-979 y SL-3276 de 2019⁴ abrió la posibilidad de resolver de fondo nuevamente sobre la indexación de la primera mesada pensional con el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006, C-891 A de 2006, SU-1073 de 2012, T-183 de 2012, para dar la oportunidad a los pensionados que resultaron vencidos en juicios anteriores, tal opción sería posible para juicios anteriores a las decisiones *SU-120 de 2003, C-862 de 2006 y C-891A de 2006*, pues solo frente en esas circunstancia los precedentes se podrían considerar “*hechos nuevos*”, lo cierto es que tal situación no se ocurrió en el este asunto, pues la demanda del primer proceso fue radicada en el año 2011 y decidida mediante sentencias del 20 de febrero y 17 de abril de **2012**, esto es, cuando ya habían sido proferidas las providencias por el Alto Tribunal Constitucional.

Bajo esa perspectiva, el precedente jurisprudencial no se puede invocar como un *hecho sobreviniente*.

⁴ “(...) Bajo este horizonte, resulta evidente el error jurídico en que incurrió el Juzgador de segundo nivel en la intelección que le dio al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, vigente para aquella época, hoy 303 del CGP, pues si bien el primer proceso que culminó con decisión de fondo negando la indexación de la primera mesada, y en la acción que ahora ocupa nuestra atención alude a idéntica pretensión, **esta última tiene como hecho sobreviniente el criterio vertido por la Corte Constitucional en las sentencias SU-120 de 2003, C-862 y C-891A de 2006**, entre otras, y que fueron emitidos de manera posterior al fallo inicial que le fuera adverso a la promotora, **lo que impide señalar que se dan los presupuestos que dispone la norma procesal en cita.**”

En efecto, este nuevo ingrediente jurisprudencial, que no fue materia de análisis o estudio por los jueces de conocimiento en aquel primer proceso laboral, no permite inferir que existe cosa juzgada material, puesto que precisamente, en aquellas providencias se estaba advirtiendo por parte de la Corte Constitucional que nuestra legislación carecía de una regulación sobre la indexación de las pensiones de jubilación, siendo a partir de ellas que se abrió la oportunidad para que esa figura se aplicara a todas las pensiones sin distinción alguna, en aras de contrarrestar el fenómeno inflacionario” (Negrilla y subrayas de la Sala).

EXP. 02 2019 000254 01

Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Nótese que la demandante intentó cuestionar en más de una oportunidad la validez de las sentencias dictadas al interior del proceso 32 2011 00389 00 ante jueces de tutela, y dicho mecanismo le fue negado por falta de agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial, particularmente por haber desistido del recurso de casación que había interpuesto contra la decisión del Tribunal (ver sentencias STL-18261 de 2017 y STP-2673 de 2015, folios 241 a 249 y 250 a 263, archivo 001). En ese escenario judiciales hubiera sido posible estudiar el presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial -que ya estaba vigente- en materia de indexación de la base para el cálculo de la primera mesada pensional, que es el argumento sobre el que ahora se sustenta la demanda.

Así las cosas y dado que este nuevo juicio no puede revivir términos procesales vencidos o subsanar omisiones o errores cometidos en un proceso anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de Cosa Juzgada.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** en la sentencia de primera instancia.
- 2. COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

EXP. 02 2019 000254 01
Rosalba Chacón de Díaz contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

CON IMPEDIMENTO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Oponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NELMA YOLANDA DÍAZ BETANCOURT
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar el recurso de apelación interpuesto por las partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 25 de abril de 2022 por la Juez Primera Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante, pensión de vejez por aportes, con fundamento en la Ley 71 de 1988.

Téngase a JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTRO identificado con la T.P. 287.279, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución (folio 4, archivo 006 del expediente digital, trámite segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELMA YOLANDA DÍAZ BETANCOURT presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de jubilación bajo los parámetros de

la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 24 de junio de 2014, con sus incrementos anuales y las mesadas adicionales. Además, pide que se ordene el pago debidamente indexado de las mesadas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que cotizó 1588,14 semanas en toda su vida laboral entre tiempos servidos al sector público y el sector privado, a través de diferentes empleadores, con lo cual extendió el régimen de transición, cumplió 55 años de edad el 24 de junio de 2014, y el 19 de enero de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión ante Colpensiones y le fue negado(ver demanda en el archivo No 03, páginas 1 a 7 del expediente digital).

Por auto del 8 de junio de 2017, el *a quo* admitió la demanda y vinculó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN (páginas 123 y 124, archivo No. 1 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Notificada en debida forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988 al 31 de julio de 2010, para ser considerada beneficiaria del régimen de transición, ni extendió el beneficio de la transición hasta el 31 de diciembre de 2014 por no acreditar sus presuntas vinculaciones con las Notarías Segunda y Cuarta del Círculo de Ibagué mediante los formatos CLEBP. Propuso como excepciones de fondo *inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988, inaplicabilidad de la extensión del régimen de transición contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver folios 2 a 17, archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de abril de 2022, mediante la cual la Juez Primera Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá CONDENÓ

a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante la pensión de vejez por aportes, con fundamento en la Ley 71 de 1988. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a corregir la historia laboral de la señora NELMA YOLANDA DIAZ BETANCOURT por los periodos del 02 de diciembre de 1985 al 31 de diciembre de 1985 que corresponden a 4.29 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1986 que corresponden a 51.48 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1987 que corresponden a 51.48 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1988 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de enero al 31 de agosto de 1989 que corresponden a 34.32 semanas; del 01 de septiembre de 1989 al 31 de diciembre de 1989 que corresponden a 17.16 semanas; del 01 de enero al 9 de marzo de 1990 que corresponden a 9.86 semanas, del 10 de marzo al 31 de diciembre de 1990 que corresponden a 41.62 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1991 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1992 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1993 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de febrero al 31 de diciembre de 1994 que corresponden a 47.19 semanas, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1995 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1996 que corresponden a 51.48 semanas, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1997 51.48 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1998 51.48 semanas; del 01 de enero al 31 de diciembre de 1999 51.48 semanas y del 01 de enero de 2000 al 31 de enero de 2000 que corresponden a 4.29 semanas. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a NELMA YOLANDA DIAZ BETANCOURT pensión de vejez a partir del 24 de junio de 2014 en cuantía inicial de \$698.540,36, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Ley 71 de 1988, suma que deberá ser indexada anualmente, a partir del 01 de enero de 2015 en la misma proporción del salario mínimo legal mensual vigente (sic). TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a NELMA YOLANDA DIAZ BETANCOURT la suma de \$60.039.187,85 por concepto de mesadas pensionales retroactivas*

causadas desde el 6 de marzo de 2017 hasta el 30 de abril de 2022, autorizando descontar los aportes correspondientes a salud que como pensionada deberá sufragar y a continuar pagando la mesada pensional que se genere a partir de mayo del corriente año. CUARTO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y el Despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados por la pasiva en su contestación. QUINTO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora. SEXTO: COSTAS. Serán a cargo de la entidad demandada, tásense las agencias en 2 SMLMV. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente sentencia en caso de no ser apelada ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal Laboral” (audiencia virtual, archivo No. 17, minuto 31:25, expediente digital, trámite de primera instancia).

Para tomar su decisión la Juez de primera instancia estudió el derecho pensional reclamado con los parámetros de la Ley 71 de 1988, al advertir que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por tener más de 35 años de edad al 30 de junio de 1995, el cual conservó hasta diciembre de 2014. Además, concluyó que cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por esa normatividad, teniendo en cuenta las semanas certificadas por COLPENSIONES y las relaciones acreditadas con las Notarías Segunda y Cuarta de Ibagué entre los años 1985 y 2000. Frente a esto último consideró que la prueba documental arrojada al plenario demuestra que la demandante laboró en dichas notarías, y la falta de pago por parte del empleador o la negligencia de la administradora en el uso de las herramientas de cobro no son motivos suficientes para descontar dichos tiempos laborados pues *sería imputar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento del empleador y falta de acción de la administradora*. Por ello adicionó a la historia laboral un total de 724,99 semanas. Liquidó la pensión con el IBL de los 10 últimos años por ser el más favorable y por prescripción impuso el pago de las mesadas pensionales a partir del 6 de marzo de 2017.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandante pide que se resuelva lo correspondiente a la mesa adicional de junio o mesada 14 y que se ordene la indexación de retroactivo pensional causado a su favor¹ (audiencia virtual, archivo No. 17, minuto 36:36, expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada solicita que se revoque en su integridad la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones incoadas en la demanda. Asegura que si bien en principio podría considerarse que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, lo perdió por no contar con más de 750 semanas para la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005. En ese sentido, considera que la actora tampoco tiene derecho a la pensión de vejez que reclama² (audiencia virtual, archivo No. 17, minuto 38:28, expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral para que en efecto de modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguiente términos: En lo que se refiere al estudio de las mesadas adicionales que es objeto del numeral 2 de condenas del escrito de demanda, es decir el estudio de la mesada adicional de junio o mesada catorce, ruego a los honorables magistrados se haga el estudio frente a esta mesada adicional, pues teniendo en cuenta la causación del derecho a la pensión de jubilación por aportes de la señora NELMA YOLANDA DIAZ BETANCOURT y su derecho a encontrarse beneficiara al régimen de transición pues correspondería pagar, una mesada adicional de junio o mesada catorce. Así pues no le correspondería o no se encontraría afectada por el acto legislativo 01 de 2005, de esta manera ruego honorables magistrados igualmente que el retroactivo al que se ha condenado a Colpensiones, además de indexarse, las mesadas conforme a como se indexada al IPC en un salario mínimo igualmente, pues estas mesadas fueron causadas y no pagadas por la entidad administradora de pensiones – Colpensiones, se indexen mes a mes hasta cuando sea incluido en nominada de pensionados la señora NELMA YOLANDA DIAZ BETANCOURT. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias”.

² “Muchas gracias señora juez, presento recurso de apelación para que sea surtido ante los magistrados, honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, teniendo en cuenta la normatividad jurisprudencialmente bajo las siguientes consideraciones conforme a la sentencia condenatoria proferida en primera instancia, por el juzgado primero laboral transitorio de Bogotá como consecuencia sea revocada en su totalidad. Para el caso en concreto se puede evidenciar que la demandante nació el 24 de junio de 1959 y para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 para los trabajadores del sector público había cumplido 36 años siendo en principio beneficiaria del régimen de transición por razón de edad, en principio la demandante cuenta con una expectativa legítima para pensionarse, pues como bien es sabido la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005, se estableció que la aplicación de transición iría hasta el 31 de julio del 2010, salvo que para aquellos afiliados que al 25 de junio del 2005 data para el cual se prolongó el mencionado acto que se hubiere cotizado un total de semanas 750 semanas, evento en el cual lo aplicado

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal resolverá la instancia definiendo (i) la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 71 de 1988, y de ser así, (ii) los parámetros de pago de la prestación.

(i) Una vez revisado el expediente, la Sala encuentra probadas las condiciones que dan acceso al derecho que reclama NELMA YOLANDA DÍAZ BETANCOURT bajo la normatividad aplicada por la *a-quo* en la sentencia de primera instancia (la Ley 71 de 1988), pues demostró que se encontraba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que lo conservó hasta el 31 de diciembre de 2014³, pues tenía para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100) 18 años y 14 días entre semanas cotizadas y tiempos laborados (es decir, **940,57 semanas**).

Para el anterior cómputo de semanas se tuvieron en cuenta los siguientes tiempos: **i)** 507, 71 semanas cotizadas al ISS entre el 9 de enero de 1976 y el 31 de octubre de 1985, que corresponden a 9 años 9 meses y 22 días (ver historia laboral expedida por Colpensiones, folios 42 a 47 del archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia); **ii)** 217.85 semanas cotizadas entre el 2 de diciembre de 1985 al 31 de enero de 1990 a CAJANAL,

del mismo se extendería hasta el 31 de diciembre del 2014. Conforme a lo anterior se desprende que la demandante no ostentó el derecho a recibir la pensión de vejez reconocida ya por Colpensiones y en consecuencia tampoco ostentaría derecho alguno al reconocimiento de las consecuencias, siendo estas las mesadas adicionales. Bajo esos argumentos solicito revocar en su totalidad la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por parte del juzgado y como consecuencia no se acedan a las pretensiones incoadas por la parte actora es así como doy por sustentado los alegatos de conclusión en esta etapa señora juez muchas gracias.”

³ Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

que corresponden a 4 años, 1 mes y 29 días (ver Certificado de Información Laboral CLEBP, Formato No. 01, folio 20 del archivo No. 03 del expediente digital, trámite de primera instancia); y **iii)** 4 años y 23 días laborados en la Notaría Cuarta del Círculo de Ibagué, que equivalen a 211.65 semanas (ver certificación expedida el 31 de marzo de 2006 por ALFONSO PORTELA HERRAN, Notario 4º de Ibagué, folios 25 a 27 del archivo No. 03 del expediente digital⁴).

Según. las pruebas referidas, cuando entró a regir el nuevo sistema general de pensiones introducido con la Ley 100 de 1993, la accionante laboraba en la Notaría Cuarta del Círculo de Ibagué (folios 25 a 27 del archivo No. 03 del expediente digital, trámite de primera instancia), por ende no era empleada del sector público territorial sino una trabajadora del sector privado⁵, y por ello en su caso la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1 de abril de 1994 y no el 30 de junio de 1995, como lo determinó la juez de primer grado. Ante la ausencia de una disposición especial que regule el régimen laboral de los empleados de las notarías, se deben aplicar las normas generales que regulan las relaciones de derecho individual consagradas en el artículo 53 de la Constitución y el Código Sustantivo del Trabajo (ver Sentencia T-927 de 2010⁶), además, la

⁴ En el que hace constar que, de acuerdo a los archivos de la notaría, se efectuaron aportes a pensiones a favor de la demandante a CAJANAL (entre marzo de 1990 y diciembre de 1993 y entre marzo de 1998 y enero de 2000), a FONPRENOR (entre febrero de 1994 y diciembre de 1997) y al ISS (para los periodos de enero y febrero de 1998).

⁵ La Ley 6 de 1945 en su artículo 27 prevé “*No son empleados públicos sino empleados particulares los de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos; éstos responderán de las prestaciones que se causen durante sus períodos respectivos, y deberán cancelarlas, inclusive la cesantía, al dejar el cargo. Para garantizar el pago de estas prestaciones, darán caución suficiente al posesionarse.*”

⁶ “*Respecto del régimen laboral de quienes trabajan en una notaría en cumplimiento de dicha función, el artículo 131 de la Constitución establece que: “Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso (...)*” (Subrayado fuera del texto)

De esta forma, la Carta ha consagrado una potestad expresa en cabeza del legislador para regular el régimen laboral de los notarios y de los empleados al servicio de estos. Lo único establecido directamente por el constituyente es que el mecanismo de provisión de los notarios en propiedad es el concurso público de méritos^[34]. Sin embargo, en los aspectos del régimen

función notarial es un servicio público prestado por particulares bajo la figura de la descentralización por colaboración⁷.

Como la demandante estaba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, podía causar la prestación al amparo de la Ley 71 de 1988, cuyo artículo 7° asigna pensión de vejez por aportes a las mujeres que cumplan 55 años de edad si demuestran un mínimo de veinte (20) años (1029 semanas), de aportes *sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental o municipal, intendencial, comisarial o distrital, o en el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES.*

Estas condiciones las demostró la demandante, pues cumplió 55 años de edad el 24 de junio de 2014 (ver cédula de ciudadanía en la página 11, archivo No 3 del expediente digital), y de la historia laboral se obtienen **850,29** semanas para el 31 de diciembre del mismo año (página 34, archivo No 7 del expediente digital) a las que se deben adicionar **217** semanas de tiempos cotizados a CAJANAL (folio 20 del archivo No. 03 del expediente digital).

Se demostraron entonces 1067,29 semanas entre tiempos cotizados al ISS y a CAJANAL que equivalen a 20 años, 9 mes y 1 día

La prestación era exigible desde el 1 de mayo de 2015, pues operó la desafiliación del Sistema General de Pensiones con la novedad de retiro que reportó la demandante el 30 de abril de 2015, momento a partir del cual se dejaron de efectuar aportes al Sistema.

laboral que el legislador no ha definido mediante leyes cuyo objeto exclusivo sea las notarias, no puede afirmarse que exista un vacío de regulación o que los notarios gocen de absoluta discrecionalidad. En estos casos deben aplicarse las normas generales que regulan las relaciones de derecho individual y colectivo, las cuales están consagradas en la Constitución, especialmente en el artículo 53, y en el Código Sustantivo de Trabajo^[35], toda vez que quienes laboran en una notaría son empleados particulares^[36]” (Negrilla y subrayas de la Sala).

⁷ Sentencia C-1212 de 2001.

Sin embargo, por prescripción, la entidad demandada solo está obligada a pagar las mesadas que corrieron desde el 6 de marzo de 2017, 3 años antes de la interposición de la demanda (el 6 de marzo de 2020 – ver archivo No. 02 del expediente digital), tal como lo determinó la juez de primer grado.

Se adicionará además la providencia apelada, para establecer la procedencia del pago de la prestación sobre 13 mesadas anuales, con base en el mandato del inciso 8 y el parágrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó después del 31 de julio de 2011 (se causó el 24 de junio de 2014).

(ii) Pasa ahora las Sala a definir, en CONSULTA, el valor de la primera mesada pensional.

Para este efecto el Tribunal realizó las operaciones aritméticas de la prestación con el IBL de los últimos 10 años cotizados (empleado por la juez de primera instancia), tomando el detalle de los pagos que certifican la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES y los formularios CLEPB que certifican los salarios devengados por la demandante cotizados a CAJANAL. Con base en ello se obtuvo con el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años \$973.275,49 para el año 2015, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% que dispone la Ley 71 de 1988, arroja una suma superior (\$729.956,62) a la reconocida por el juez de primera instancia (\$698.540,36). No obstante se confirmará el valor de la mesada pensional definida por el *a-quo*, para no afectar el interés de COLPENSIONES en cuyo favor se está conociendo esta parte de la decisión en CONSULTA.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL indexado
abr-87	2	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
may-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
jun-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
jul-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366

ago-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
sep-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
oct-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
nov-87	30	\$ 21.350	2,88	82,47	\$ 611.366
dic-87	30	\$ 42.700	2,88	82,47	\$ 1.222.732
ene-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
feb-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
mar-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
abr-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
may-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
jun-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
jul-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
ago-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
sep-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
oct-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
nov-88	30	\$ 29.450	3,58	82,47	\$ 678.419
dic-88	30	\$ 56.450	3,58	82,47	\$ 1.300.400
ene-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
feb-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
mar-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
abr-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
may-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
jun-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
jul-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
ago-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
sep-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
oct-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
nov-89	30	\$ 37.500	4,58	82,47	\$ 675.246
dic-89	30	\$ 70.000	4,58	82,47	\$ 1.260.459
ene-90	30	\$ 48.037	5,78	82,47	\$ 685.400
feb-90	30	\$ 48.037	5,78	82,47	\$ 685.400
mar-90	30	\$ 48.037	5,78	82,47	\$ 685.400
199709	30	\$ 230.000	26,52	82,47	\$ 715.238
199710	30	\$ 230.000	26,52	82,47	\$ 715.238
199711	30	\$ 230.000	26,52	82,47	\$ 715.238
199712	30	\$ 230.000	26,52	82,47	\$ 715.238
199801	30	\$ 270.000	31,21	82,47	\$ 713.454
199802	28	\$ 270.000	31,21	82,47	\$ 713.454
200809	30	\$ 980.000	64,82	82,47	\$ 1.246.847
200810	0	\$ 980.000	64,82	82,47	\$ 1.246.847
200811	30	\$ 980.000	64,82	82,47	\$ 1.246.847
200901	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200902	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200903	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200904	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200905	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200906	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200907	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200908	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200909	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200910	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200911	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888

200912	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
200912	30	\$ 980.000	69,8	82,47	\$ 1.157.888
201001	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201002	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201003	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201004	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201005	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201006	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201007	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201008	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201009	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201010	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201011	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201012	30	\$ 980.000	71,2	82,47	\$ 1.135.121
201101	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201102	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201103	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201104	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201105	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201106	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201107	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201108	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201109	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201110	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201111	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201112	30	\$ 980.000	73,45	82,47	\$ 1.100.349
201201	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201202	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201203	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201204	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201205	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201206	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201207	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201208	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201209	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201210	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201211	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201212	30	\$ 980.000	76,19	82,47	\$ 1.060.777
201301	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201302	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201303	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201304	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201305	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201306	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201307	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201308	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201309	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201310	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201311	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201312	30	\$ 980.000	78,05	82,47	\$ 1.035.498
201401	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201402	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845

201403	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201404	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201405	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201406	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201407	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201408	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201409	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201410	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201411	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201412	30	\$ 980.000	79,56	82,47	\$ 1.015.845
201501	30	\$ 980.000	82,47	82,47	\$ 980.000
201502	30	\$ 980.000	82,47	82,47	\$ 980.000
201503	30	\$ 980.000	82,47	82,47	\$ 980.000
201504	30	\$ 980.000	82,47	82,47	\$ 980.000
TOTAL DÍAS IBL	3600		IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS	IBL 2	\$ 973.275,49
				PENSIÓN 2	\$ 729.956,62

INCREMENTOS ANUALES (CON LA PENSIÓN RECONOCIDA POR LA A QUO):

AÑO	IPC	VR. MESADA
2015	6,77%	\$ 698.540,36
2016	5,75%	\$ 745.831,54
2017	4,09%	\$ 788.716,86
2018	3,18%	\$ 820.975,38
2019	3,80%	\$ 847.082,39
2020	1,61%	\$ 879.271,52
2021	5,62%	\$ 893.427,79

Vale la pena señalar que, como la mesada para el año 2021 resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad (\$908.526), a partir de ese año deberá ajustarse la pensión al SMLMV, como quiera que la prestación no puede ser inferior a la pensión mínima.

Se revocará la parte de la sentencia apelada en la que se definió un valor en concreto por concepto de retroactivo pensional causado, pues tratándose de

prestaciones periódicas, el saldo final que debe pagar el deudor por mesadas retroactivas solo se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina.

Atendiendo la apelación de la demandante, se dispondrá el pago de las mesadas causadas y no pagadas debidamente indexado, como quiera que la misma se encuentra encaminada a contrarrestar la devaluación de las sumas adeudadas por el paso del tiempo.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para establecer que la prestación se debe pagar sobre 13 mesadas anuales.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en cuanto estableció un valor específico por concepto de retroactivo pensional adeudado. **ADICIONAR** el mismo numeral para establecer que el retroactivo causado por las mesadas no pagadas, deberá cancelarse debidamente indexado.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ ANTONIO FERREIRA AMADOR
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2022 por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ ANTONIO FERREIRA AMADOR presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o* ineficacia de su

traslado del RPM al RAIS efectuado el 1º de julio de 2000, con fundamento en que los asesores de la AFP le ofrecieron beneficios superiores a los que obtendría en el ISS al momento de pensionarse, sin informar acerca de la pérdida de beneficios del RPM. Que previo a la presente acción y de conformidad con sus cotizaciones, evidenció que obtendría una mesada pensional superior en COLPENSIONES que en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se ordene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado, y condenar a ésta y a la AFP *“pagar los intereses generados por la demora injustificada en la NO autorización del traslado”* del RPM al RAIS *“sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados”* a PORVENIR S.A. y al pago de *las sumas adeudadas actualizadas*. (Ver demanda en archivo 001 folios 70 a 85).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, luego de recibir una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó la parte actora, quien era una persona capaz, en el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente, como era su deber como consumidor financiero y tratándose de un régimen contenido en la Ley. No cualquier falta de información vicia el consentimiento y la legislación no consagra como efecto de ello la ineficacia de la afiliación. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto. No se advierte pues, causal alguna de nulidad alguna y, en todo caso, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que previo a ello hubiera hecho uso de la posibilidad de trasladarse de régimen. En caso de condena, no es dable devolver gastos

de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.* (Ver contestación en archivo 006 folios 2 a 27).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que en caso de acceder pide se condene a la AFP al pago de un cálculo actuarial equivalente al total de mesada pensionales a liquidar por el RPM por la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.* (Ver contestación en archivo 010 folios 2 a 18).

Terminó la primera instancia con sentencia de 20 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para el efecto resulte útil la suscripción del formulario de afiliación ni se advierta confesión alguna al respecto en su interrogatorio de parte. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante JOSÉ ANTONIO FERREIRA AMADOR del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado 7 de junio del año 2000, para entender válidamente vinculado al demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del accionante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se enfrenten redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. Igualmente deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración, las primas de seguros*

previsionales y la comisión para constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Todo conforme a la parte considerativa. ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo le actualice su historia laboral de semanas cotizadas. ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por ambas demandas, todo conforme a la parte considerativa. ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a ambas demandas, de la siguiente manera: PORVENIR S.A. en la suma de \$1.500.000 y COLPENSIONES en la suma de \$1.800.000. ARTÍCULO SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES, CONSÚLTESE con el superior de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.” (Audiencia virtual del 20 de septiembre de 2022 – archivo 016 Hora 1:28:36).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada solicita que se revoque la decisión por considerar que el traslado se dio de forma consciente y espontánea, con el cumplimiento de los requisitos legales vigentes para la época, según se advierte en el formulario de afiliación aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria, previa asesoría verbal. Así mismo -dice- no hay lugar al traslado de los dineros destinados a gastos de administración ni seguros previsionales, los cuales cumplieron su destinación legal, máxime cuando el demandante estuvo cubierto durante su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, y también se está ordenando el traslado de los rendimientos generados por la entidad sin autorizar las restituciones mutuas

ni tener en cuenta que, conforme los efectos de la ineficacia, la AFP habría estado administrando de buena fe dineros de un tercero. En el mismo sentido, no hay lugar a indexación de tales montos, pues los rendimientos generados superan ampliamente la eventual devaluación monetaria (Audiencia virtual del 20 de septiembre de 2022 – archivo 016 Hora 1:31:23)¹.

¹ *“Gracias, su señoría. Encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde pues, en primer lugar, a la declaratoria de ineficacia de la aquí demandante al RAIS las condenas impuestas en contra de mi representada y especialmente la condena de indexar estas... estos emolumentos a los que fue condenada mi representada, conforme a las siguientes consideraciones. En primer lugar, honorables magistrados, mi representada debe decir que en el presente caso no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante realizó su traslado de régimen pensional pues, como quedó probado en el proceso, la decisión tomada por la parte actora, se hizo en forma consciente y espontánea con el cumplimiento de todos los deberes de información que eran oponibles a mi representada para el momento en el que se produjo, pues primero el demandante suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; segundo, y suscribió dicho formulario después de una asesoría verbal que realizó mi representada, donde habló de características importantes y generales del régimen de ahorro individual y que fue una asesoría individual; y tercero manifestó el demandante que lo hacía en forma completamente voluntaria y libre, razón por la cual es posible concluir que no da la declaratoria ineficacia del presente proceso que nos compete el día de hoy. Ahora bien y lo que respecta a la condena a devolver conjunta rendimiento... conjuntamente rendimientos, gastos en administración y seguros previsionales, mi representada se aparta también muy respetuosamente de esta condena pues bien, no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia ex tunc en unos sentidos y en otros no, como quiera que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de dicha figura, tal y como lo ha manifestado la honorable Corte Suprema de Justicia es ‘declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás’. En ese sentido, se tendría que los frutos, es decir, los rendimientos dados por la administración de los recursos del aquí demandante por parte de mi representada tampoco se generaron. Así mismo, cabe advertir que estos rendimientos financieros, al ser privativos del régimen de ahorro individual, pondrían al aquí demandante en una condición diferente a la que se encontraría al pertenecer al régimen de prima media, dado que recibiría dineros que simplemente no se generan en este régimen pensional, en clara contravención, honorables magistrados, a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, respecto de COLPENSIONES, mi representada actuado como un agente de oficio involuntario, en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto a mi representada, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro, es decir, en este caso, el manejo de los aportes de un afiliado, en este caso el señor JUAN ANTONIO FERREIRA y luego de declarada la ineficacia del acto, mi representante terminando entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados por COLPENSIONES. Si ello es*

así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar a reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que mi representada solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad; sin embargo, honorables magistrados, de llegar a considerarse que no es procedente reintegrar solo el equivalente a los rendimientos del RPM, debe autorizarse a mi representada a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, pues sin importar la causa que haya dado origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS, se debe reconocer a la AFP aquí demandada las expensas de los gastos que se hayan hecho en favor del afiliado, en procura de generar dichos rendimientos financieros, que en el presente caso pues fueron muy notorios. Lo anterior teniendo en cuenta, muy respetuosamente honorables magistrados, que la justicia no puede desconocer que PORVENIR desarrolló durante un periodo determinado de tiempo la administración de los recursos que incrementaron, como se dijo, muy notoriamente el saldo de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante y por ende debe realizar las compensaciones mutuas que tengan lugar y no simplemente ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES, como quiera que según el mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto COLPENSIONES como las diferentes AFP reciben esta comisión a manera de retribución por los servicios que prestan al afiliado, es decir, no ordenar la aplicación de las restituciones mutuas ni compensaciones solicitadas por mi representada sobre los rendimientos financieros generados, es generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES al permitir que dicha entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos que se anulan por dicha declaratoria de la ineficacia. Ahora bien, y teniendo en cuenta la condena a devolver los seguros previsionales, mi representada se aparta muy respetuosamente de esta condena, pues hay que traer a colación que dichas sumas son descontadas por un mandato legal que existe y que además con las cuales el demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación con mi representada, es decir, desde el año 2000 a la actualidad, frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, estas sumas cumplieron con la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente, honorables magistrados, una potencial devolución de dichos emolumentos. Ahora bien, y para terminar mi representada también se aparta muy respetuosamente de la condena de devolver los emolumentos de manera indexada. Eso teniendo en cuenta que la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Cundinamarca, en sentencia de 2021-00111 estudia un caso similar y concluye lo siguiente, me permito abrir comillas: ‘sobre el particular, se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación del demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocara la decisión en este aspecto’, es decir, honorables magistrados, se pide tengan en cuenta este... esta sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial, porque... de Cundinamarca, porque en el presente caso también se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y condenar además a la indexación de los emolumentos a los que se hizo referencia en el fallo, sería condenar doble vez, en una doble manera, por un mismo, por una misma situación, que fue la declaratoria ineficacia del presente caso. Es por todo lo anterior, que solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de mi representada. Muchas gracias, su señoría.”.

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado pide que se revoque la decisión, por considerar que no se configuraron los presupuestos para declarar la ineficacia, pues el demandante abandonó el RPM voluntariamente y su permanencia en el RAIS da cuenta de su deseo de mantenerse en el mismo. La entidad ha actuado de buena fe y la negativa al traslado se funda en lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que lo impide conforme a la edad del demandante. En todo caso, la acción se encuentra prescrita, por no haberse ejercicio dentro del término de 4 años contemplado en el Código Civil. (Audiencia virtual del 20 de septiembre de 2022 – archivo 016 Hora 1:37:40)².

² *“Muchas gracias, señor Juez. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se permite presentar recurso de apelación, con todo respeto y por directriz expresa de la misma, manifestamos inicialmente la inconformidad presentada con todo tipo de condena en contra de la misma COLPENSIONES, pues ratifica o por lo menos estima que es un tercero de buena fe inicialmente, y pues que todas las negativas que en su momento se le brindaron el señor demandante para reformar el régimen de prima media con prestación definida cuando hizo la primera solicitud a COLPENSIONES de empezar, se debieron a lo contenido pues... en la Ley 797 de 2003, y esto frente a su edad, fecha de nacimiento y pues su proximidad eventual para acceder a una prestación pensional de vejez, al cumplir por lo menos ese requisito esencial, que es el de la edad. Igualmente, COLPENSIONES estima que, conforme lo relatado, tampoco hubo presupuestos para que se generara una ineficacia del traslado, el señor demandante abandonó el régimen de ahorro individual, perdón, el régimen de prima media con prestación definida, y en su momento el Seguro Social, con total convicción y en ningún momento se acercó a la entidad a solicitar información adicional... a igualmente, también, existió una elección totalmente libre y espontánea, el de abandonar dicho Instituto de Seguros Sociales y trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, al fondo de hoy demandado PORVENIR, y tampoco se acercó a Colpensiones un ningún momento eh... idóneo, ratificando también con el paso del tiempo su ánimo de permanencia en el régimen de ahorro individual. Ahora conforme a las reglas que nos indica el Código Civil, en cuanto a la nulidad de los actos jurídicos... de los contratos, esto es cuando hay un origen diverso, como es un vicio en el consentimiento como se puede alegar al haber una ausencia de información completa, como se desearía por parte de la de la parte demandante, es necesario pues recalcar que el Código nos indica que son cuatro años para presentar cualquier acción rescisoria a partir del momento en que se haya erigido dicho negocio jurídico; no obstante, el señor demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en el año 2000 y tenía hasta el año 2004 para presentar cualquier tipo de inconformidad, sin embargo presentó cualquier... por lo menos... petición para para retornar al régimen de prima media y para que por lo menos anular ese traslado del régimen de ahorro individual más de 16 años después. Entonces estima Colpensiones de que no se han erigido sus*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste*

presupuestos básicos esenciales de una ineficacia del traslado y espera que del Tribunal revea... la determinación del despacho de instancia y revoque la misma. Muchas gracias.”.

periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...). Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 658,43 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 6 meses y 25 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 001 folios 2 y 18).

³ Ver historia laboral actualizada de Colpensiones en archivo 010 folios 40 a 52 y archivo 12 folios 2 a 7.

⁴ *Ibidem*.

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5, 6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) para la Corte -además- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los*

derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado se dio cuando fue citado por parte de su empleador junto a otros compañeros de trabajo para recibir información de un traslado para fondos de pensiones privadas, en que les indicaron que el ISS se iba a acabar, por lo que seguramente perdería sus aportes, mientras que en PORVENIR podría pensionarse con un monto mayor y a menor edad, y podría obtener la devolución de su dinero, sin indicar valores. Cuando se acercó a la *doble asesoría* le indicaron que dicha

información no era cierta y ya no podría trasladarse por su edad. (Audiencia virtual del 20 de septiembre de 2022 – archivo 016 Min. 15:20).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación del actor, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) que conforme a lo

establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷ hacen parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad para obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

2. **CONFIRMARLA** en lo demás.

3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BERTHA SOFÍA VERA DUARTE CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por el Juez Quinto (5o) Laboral del Circuito de Bogotá, por el cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BERTHA SOFIA VERA DUARTE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su afiliación al régimen de ahorro individual realizada el 30 de septiembre de 1999 mediante la AFP PORVENIR y los posteriores traslados horizontales realizados en ese

EXP. 05 2021 00098 01

Bertha Sofia Vera Duarte contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

régimen, por existir *engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento* para que se trasladara de régimen. En consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A., fondo en el que se encuentra actualmente vinculada, a retornarla junto con los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y a esta última, a recibirla como su afiliada sin solución de continuidad en el RPM (ver archivo 002 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado judicial.

Así, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones que involucran a esa sociedad. Asegura que no existen presupuestos de hecho y de derecho para despachar favorablemente la pretensión de nulidad del traslado por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y, por ende, la decisión fue informada y consciente, en señal de lo cual se suscribió el formulario de afiliación. Afirma que ese fondo de pensiones brindó a la actora una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora, en la que se le recordaron las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen sus aportes, entre otros, lo cual, insiste, se constata del formulario de afiliación. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, *no existe prueba de 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*, innominada o genérica, *ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos*. (ver archivo 008 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier vicio para realizarlo, como se observa del formulario de afiliación en el que consta su voluntad de afiliación libre de presión y engaños, y en ese sentido produce todos los efectos jurídicos. Sostiene que la forma en que se liquida la pensión en el RAIS no torna en nula o ineficaz su afiliación, pues la fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de la totalidad de los aportes a AFP Colfondos* (ver contestación archivo 010 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones tanto declarativas como de condena por *carecer de sustento fáctico y legal*. Considera que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se efectuó de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es válido y no tiene inmersa causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia. Advierte no ser posible recibir a la actora como su afiliada por encontrarse inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003 y porque ello iría en contravención del principio de la sostenibilidad financiera. Propuso las excepciones de mérito que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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 (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), 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, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (ver contestación archivo 012 del expediente digital, trámite de primera instancia).

A su turno PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Asegura que la afiliación de la demandante a ese fondo en el año 1999 se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia del formulario de vinculación, documento que, a su juicio, se presume auténtico y con el cual manifestó ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Sostiene que cumplió con todas las obligaciones respecto del deber de información conforme lo señalado por la Superintendencia Financiera y que para la fecha de afiliación de la actora ese fondo no tenía la obligación de entregar cálculos o proyectos acerca del futuro pensional. Formuló como excepciones de fondo la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folios 1 a 27 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1 de junio de 2022, mediante la cual el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la

demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Frente al interrogatorio absuelto por la demandante adujo que no se desprende ningún tipo de confesión que determine de manera clara que PORVENIR suministró la información necesaria.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora BERTH SOFÍA VERA DUARTE a través de PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de estas AFP. CUARTO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación. QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual del 1 de junio de 2022, récord 1:04:59, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por solicitud de la parte demandante la sentencia fue corregida en el numeral SEGUNDO para advertir que es COLFONDOS la entidad que debe efectuar el traslado de la actora (Audiencia virtual del 1 de junio de 2022, récord 1:06:03, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia)¹.

¹ *“Apoderado parte demandante: Su señoría que pena para hacer una claridad frente decisoria la AFP actual Colfondos no la nombró en su parte decisoria que es de la que, una de las que tiene la obligación de hacer el traslado de los fondos o de los aportes y la historia laboral a Colpensiones. Ah correcto numeral segundo su señoría.*

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado asegura que esa entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión de traslado de la demandante y que al ser los fondos privados de pensiones los que faltaron al deber de información, deberían ser estos quienes asuman el estudio y reconocimiento pensional bajo los mismos parámetros del régimen de prima media. Afirma que no resulta procedente que los afiliados puedan pedir en cualquier tiempo la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes y que debe tenerse en cuenta el principio de *relatividad jurídica*, pues se trata de un tercero que no puede verse ni favorecido ni perjudicado con los efectos de un negocio jurídico en el que no participó² (Audiencia virtual del 1 de junio de 2022, récord 1:06:55, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Juez: Bueno un cambio de palabras. Numeral SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral”.

² *“Señoría, si me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, teniendo en cuenta ya lo sustentado dentro de mis alegatos de conclusión al igual, reiterando que mi representada, no tuvo injerencia alguna la decisión tomada por la señora Bertha en relación al traslado del régimen realizado en el año 1999, inicialmente con la AFP Porvenir. Al igual honorables magistrados, pues solicitó con todo respeto, se estudió a fondo, lo señalaron el fallo de primera instancia, pues teniendo en cuenta que se declara como tal la ineficacia del traslado de régimen de la demandante por falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, en su, la información por parte de la AFP inicial como se pudo probar, no fue clara, precisa y comprensible al momento del asesoramiento a la demandante, pues al igual honorables magistrados se observa por parte de la AFP Colfondos, también que se falló en el deber de oportunidad al no asesorar a la actora en relación a la prohibición legal, pues toda vez que está en cabeza de los fondos privado el brindar este asesoramiento en relación a indagar bajo qué régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años para cumplir la, la edad para tener derecho a la pensión. Así las cosas, pues debería de ser la AFP quien asuma el estudio, el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece o parámetros que ofrece el régimen de prima media administrado por mi representa Colpensiones. Al igual solicito se tenga en cuenta que mi representada está vinculada al presente proceso de una forma residual, puesto que declararse como tal ineficacia de la afiliación efectuada a ante el régimen de ahorro individual, pues tal efecto no puede ser endilgado a mi representada máxima cuando a quienes les asistió a la obligación de brindar una información veraz y oportuna a los fondos privados, pues al momento de la suscripción del formulario de afiliación no al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones. Al igual honorable Sala, pues no resulta procedente o consecuente que los afiliados al sistema general de pensiones puedan solicitar en cualquier tiempo que se declare la en la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales en un ejemplo claro de esta situación, pues son como los pensionados en el régimen de ahorro individual, para quienes el Derecho, pues de adquirió como tal firmeza o para los que están*

En el recurso de PORVENIR, se afirma que nunca impidió la afiliación de la demandante y, por el contrario, la actora haciendo uso de esa libertad de escogencia decidió afiliarse a ese fondo para que administrara sus aportes pensionales. Sostiene que el desconocimiento de la ley no puede eximir a la afiliada de sus consecuencias, por ello para el momento del traslado se supone que la actora conocía las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes, sin que se pueda aducir que esa sociedad abusó de una posición dominante y que la demandante estaba relevada de probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993. Pide se revise la condena en costas y el valor fijado como agencias en derecho el cual considera exorbitante atendiendo la carga probatoria que tenía parte actora³ (Audiencia virtual del 1 de junio de

próximos a cumplir el status pensional o lo han cumplido, como lo señala la sentencia SL- 373 del 2021 que para el caso mención, pues es claro que la demandante como tal ya cumplió el status pensional estando afiliado bajo el régimen de ahorro individual por último honorables magistrados ruego se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues toda vez que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y el fondo privado, y pues los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada mi representa, no puede ser favorecida en perjudicada con dicha decisión de esta forma, dejó sustentado un recurso de apelación muchas gracias, gracias señoría”.

³ *“Gracias Señoría, estando dentro la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer y sustentar recurso de alzada contra la sentencia proferida en el numeral en el que se condena a mi representada a generar el pago de costas y se declara la ineficacia en el numeral uno del traslado. Es importante determinar cómo se manifestó en mis alegatos de clausura, que la figura era ineficacia está conteniendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en ningún momento mi representada impidió o atentó la afiliación de la aquí demandante ella haciendo uso de esa libertad de escogencia que le otorga la ley, escogió a mi representada durante 3 años para que generara y administrará sus aportes pensionales. También es importante ver honorables magistrados como el desconocimiento de la ley no puede eximir a cualquier ciudadano las consecuencias que pueda tener al respecto el artículo 9 del Código Civil señala “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”, esto es un principio que establece una presunción legal, la cual implica que habiéndose promulgado una ley, es conocida por todos los habitantes para el momento en que la demandante se trasladó, es decir, el año 1999 debió haber generado y conocido la ley y por tratarse de un sistema obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento prestaciones tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual se suponen conocidas por todos los habitantes después de haber sido promulgada, por lo que a partir de este acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su observancia, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes, es decir, mi representada no pactó ninguna condición diferente a la que traía la norma desde la Ley 100 de 1993 también vale la pena mencionar que la Corte Constitucional en sentencia C- 651 de 1997 estudió sobre la constitucionalidad del artículo noveno y en esa oportunidad se indicó: el conocimiento de la ley es un supuesto de convivencia y una construcción jurídica es indispensable para conservar el orden jurídico de un Estado y para proteger los derechos, garantías y deberes de sus asociados es decir, es estricto, derecho y constituye una presunción sobre la que se asienta*

EXP. 05 2021 00098 01

Bertha Sofia Vera Duarte contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

2022, récord 1:10:10, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento*

toda la organización jurídica y social de las naciones civilizadas. Por tanto, luego en este escenario, la demandante debía conocer la información que le permitió tomar una decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que pueda ser sin que se pueda aducir que porvenir, abuso de una posición dominante y menos que ella, la demandante, estaba relevada de probar circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993. Bajo esta premisa la parte demandante, como cualquier habitante del territorio nacional le asistía a la obligación de conocer la ley por lo que carece de fundamento razonable el argumento que por carecer de una educación o que la demandante, aunque siendo administradora de empresas no podía validar su extracto, esto no puede ser óbice para que se declarara una ineficacia o para decir que debió ser únicamente porvenir, quien se preocupara por la historia pensional de la demandante. También es importante ver que es en ese valor de condena en costas que son cuatro salarios mínimos, en este caso desde el proceso parte actora, la parte demandante no genera ningún tipo de probanzas no allega ningún tipo de trámite procesal debido a que lo único que debe hacer son negaciones indefinidas en su demanda y confirmarlas dentro de su interrogatorio de parte como se manifestó en sentencia de fallador primera instancia, era mi representada quien tenía que probar más allá de documentos existentes para el momento en la afiliación, que se generó o no se generó una información, por tanto resulta exorbitante el valor de la condena en costas que se impone a mi representada así las cosas, solicito respetuosamente al Tribunal, se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda su señoría, muchas gracias”.

del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 36⁴ años de edad y había cotizado 327,3 semanas⁵, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 10 meses 8 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad adquirir la edad de pensión (tenía 57 años de

⁴ Nació el 30 de agosto de 1963.

⁵ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo “GRP-SCH-HL-2020_8320692-20200825054953.pdf”, expediente administrativo.

⁶ *Ibidem*.

EXP. 05 2021 00098 01

Bertha Sofia Vera Duarte contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

edad – ver folio 144 del archivo 003 y archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{7, 8}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia,*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el cumplimiento del deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues únicamente manifestó que los asesores de PORVENIR, en una reunión grupal que no demoró más de 30 minutos, les indicó que el fondo público se iba a terminar, razón por la cual les ofrecieron trasladar para que no perdieran el dinero ahorrado, pero negó que le hubieran explicado las condiciones para pensionarse en el RAIS, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la forma como se trasladarían los aportes efectuados en ISS, entre otras condiciones de ese régimen (audiencia virtual del 1 de junio de 2022, minuto 10:51).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen ni los traslados horizontales realizados dentro del mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno

que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, pero en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará para ordenar a PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la administradora del RPM, por el tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

Conociendo igualmente en consulta a favor de COLPENSIONES el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causarán por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio. En cuanto a la tasación de las agencias en derecho en contra de la AFP, se recuerda que este no es el momento procesal oportuno para discutir las, según lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem*.

COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para ORDENAR a las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para

EXP. 05 2021 00098 01

Bertha Sofia Vera Duarte contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

3. CONFIRMARLA en todo lo demás.

4. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RICARDO PUERTO SABOGAL CONTRA LA
EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y LA
REPÚBLICA DE IRLANDA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2021. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas por *“cobro de lo no debido por inexistencia de una relación de carácter laboral en el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2007 al 9 de junio de 2010”*.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RICARDO PUERTO SABOGAL presentó demanda contra la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BETAÑA Y LA REPÚBLICA DE IRLANDA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de mayo de 2007 y el 4 de mayo de 2017, que terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. En consecuencia, pide que se

Exp. 08 2017 00462 01

Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

condene a la demandada a pagar las cesantías de las anualidades 2007 a 2010, la sanción por no consignación oportuna de dicho auxilio, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., el mayor valor causado de la indemnización por despido sin justa causa, los aportes a seguridad social, y los perjuicios materiales *“consistentes en la pérdida a futuro de la oportunidad de seguir cotizando a la seguridad social pensional, sobre un monto equivalente al último sueldo mensual devengado de \$12.146.735, con su proyección de incremento anual y hasta la edad de 62 años del actor, conforme se demuestre mediante dictamen pericial solicitado como prueba”*.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó con la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda, mediante un contrato verbal, a partir del 1 de mayo de 2007, para desempeñar funciones de *oficial técnico de soporte en sistemas de información (Technical Officer)* con base en Bogotá, pero con disposición para desplazarse dentro y fuera del país. Asegura que desde el inicio de la relación laboral estuvo subordinado a las órdenes de superiores jerárquicos, funcionarios de la Embajada, y que prestaba permanentemente sus servicios personales en la sede de la demandada con disponibilidad para trasladarse a discreción y necesidad de su empleadora con gastos cubiertos y en algunas ocasiones valiéndose de los vehículos oficiales de la Embajada; tenía oficina al interior de la sede administrativa con equipo de oficina (escritorio, computador portátil, teléfono celular, papelería e insumos de oficina), le fue otorgado un carné de identificación que lo acreditaba como parte del staff de empleados *de la misión*, cumplía jornada de trabajo de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y los viernes de 8:00 a.m. a 1:30 p.m., sin perjuicio de la disponibilidad permanente en razón de sus funciones. Aduce haber recibido llamados de atención y recibir tratamiento similar al de los demás trabajadores de la Embajada. Advierte que la demandada al efectuar la

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

liquidación definitiva de sus acreencias laborales desconoció la fecha inicial de su contrato (1-05-2007) y no le consignó las cesantías causadas entre los años 2007 y 2010, ni los aportes a seguridad social desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 10 de junio de 2010. Afirma que en el año 2007 su remuneración era \$16.775.751. Sostiene que el 12 de junio de 2017 solicitó el pago de los derechos aquí reclamados, petición que fue resuelta de manera negativa por la demandada (ver demanda folios 2 a 11).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la EMBAJADA DE REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, mediante apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones del demandante, afirmando que éste se vinculó laboralmente con la Embajada para el cargo de “*oficial de soporte técnico Grado LE-I 10*”, a partir del 10 de junio de 2010, según consta en la carta de nombramiento oficial de esa misma fecha, y que la relación terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la Embajada el 4 de mayo de 2017, con el pago correspondiente de la indemnización que se liquidó con base en el salario válidamente acordado entre las partes. Asegura que no existe fundamento fáctico ni jurídico para el pago de acreencias por las anualidades 2007 a 2009 y proporcional de 2010, porque el actor no prestó servicios como trabajador para la Embajada en esa época. Sostiene que, con anterioridad al 10 de junio de 2010, el demandante no fue contratado para ocupar ningún cargo de carácter laboral en la Embajada, se contrataron sus servicios para que desarrollara actividades de implementación técnica profesional en sistemas de las áreas de seguridad de la Embajada, en operaciones de carácter confidencial, sin subordinación o dependencia. Refiere que al demandante se le hicieron pagos por honorarios en contraprestación de tales servicios especializados, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de mayo de 2010, y a partir de junio de ese año, se le contrató laboralmente y se le pagó el salario pactado en el contrato de trabajo. Señala

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

que para el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 9 de junio de 2010 el demandante prestó servicios *“muy específicos dada la naturaleza especializada de la agencia “Serious Organised Crime Agency” (sic) reemplazada posteriormente por la “National Crime Agency”, para cuyas actividades primaba la libertad de ejecución. Indica que tales servicios se encontraban gravados con IVA, no cumplía una jornada laboral, ni tenía una oficina o equipos de trabajo, ni cuenta de correo institucional, lo que es indicativo de la ausencia de una verdadera relación de trabajo. Relata que la Embajada tomó la determinación de contratar los servicios del demandante a partir del 10 de junio de 2010 como trabajador, para que hiciera parte de un nuevo departamento que se debía establecer de forma permanente denominado SOCA, en el que cumpliría funciones de Técnico de Soporte, con un salario de \$10.010.869. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de una relación de carácter laboral por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 9 de junio de 2010; prestación de servicios independientes y autónomos por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de mayo de 2010; novación de un contrato de prestación de servicios a uno de carácter laboral; prescripción; existencia de una única relación de trabajo subordinada durante el 10 de junio de 2010 y hasta el 04 de mayo de 2017; exoneración de sanciones laborales por buena fe, mala fe del demandante; enriquecimiento injusto, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones y la genérica (ver contestación folios 118 a 135).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2021, en la cual la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte de todas*

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor RICARDO PUERTO SABOGAL, en consideración a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de una relación de carácter laboral por el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2007 al 09 de junio del 2010, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos formulados dadas las resultas del proceso. TERCERO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte actora. Líquidense por secretaría fijando como agencias del derecho a la suma de un salario mínimo mensual legal vigente. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítanse las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.” (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021, récord 38:30 Cd folio 397).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que, si bien se acreditó la prestación personal de un servicio antes del año 2010, se logró desvanecer la presunción de subordinación y con ello la existencia de un contrato de trabajo, en tanto se demostró que la actividad del demandante se ejecutó de manera autónoma e independiente, sin subordinación, conclusión a la que arribó a partir de los testimonios traídos al proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante considera que se no se hizo una valoración adecuada de la prueba documental ni de la prueba testimonial traída al expediente, frente a la forma como se ejecutó la relación desde sus inicios en mayo de 2007. Afirma que no se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T. y, por el contrario, todos los elementos que se aportaron confirman que no existió contrato de naturaleza diferente a la

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

laboral¹ (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021, récord 39:20 Cd folio 397).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia, que las partes ejecutaron un contrato de trabajo que terminó el 4 de mayo de 2017, en desarrollo del cual el demandante prestó servicios personales como “Oficial de Soporte Técnico Grado LE- I 10”, relación que terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador previo el pago de indemnización por despido en cuantía de \$43.946.887 (folios 343 y 344). La controversia versa sobre la fecha de inicio de dicha relación.

¹ “Sí, Señoría dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que su señoría acaba de dictar y sustento el recurso en los siguientes términos: Manifestamos nuestra inconformidad con la valoración probatoria que le dio a toda la prueba documental, llamando sobre todo la atención que se dejó de observar la certificación presentada por la propia demandada a folio 158 y 161, donde confiesa que le pagaban salario al trabajador. Asimismo, las demás pruebas allegadas, las certificaciones, las cartas, los cheques, los correos, todo ese acervo probatorio, aunado a las declaraciones de los testigos que nosotros presentamos y que ni siquiera fueron mencionados, por su señoría para hacerle la crítica a su declaración, nos llevan a pensar que esa valoración probatoria resulta inadecuada frente a la realidad de la ejecución práctica de la relación que se dio entre las partes y que no es otra, sino la de un único contrato que inició en mayo de 2007 y terminó en mayo de 2017. Tampoco estamos satisfechos con la valoración del juzgado en cuanto a que la presunción del artículo 24 fue desvirtuada por la contraparte, por el contrario, consideramos que todos los elementos que se aportaron por la propia accionada confirman que nunca existió un contrato de otra naturaleza sino uno laboral, que los elementos de esa ejecución ni siquiera fueron llevados a escrito, en un tema tan vital e importante sometido a una alta confianza y altísimo sigilo que engancha a 2 países frente a un acuerdo en la lucha contra el crimen, en una organización que en la propia Carta que presentan como una explicación a los servicios del actor, es la misma, es la misma accionada la que menciona a la entidad SOCA la Agencia contra el crimen, como elemento de su propio como una oficina anexa dentro de su propia actividad. Bajo esos lineamientos señora juez, pues consideramos que no se valoraron todas las pruebas, se valoraron unas únicamente y que la valoración que se hizo del concepto de la primacía de la realidad, pues no nos deja satisfechos y está en la razón y el fundamento por el cual estamos apelando. Bajo esa esa preceptiva señora juez, desde ya le pedimos al honorable tribunal que revoque en su integridad la sentencia que se acaba de dictar para que, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda. Me reservo la facultad de alegar y ampliar estas alegaciones ante el superior, muchas gracias”

Exp. 08 2017 00462 01

Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si se acreditó o no la existencia del contrato de trabajo desde el 1 de mayo de 2007, y en dado caso, (ii) si operó o no la prescripción de la acción, (iii) y si procede el pago de los derechos laborales y sanciones que se pudieron causar en el periodo transcurrido entre el 1 de mayo de 2007 y el 10 de junio de 2010.

(i) CONTRATO REALIDAD - EXTREMOS. Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23 del mismo estatuto) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo a la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos) y el salario.

Una vez reunidos estos elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación continua de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso. En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó en forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó

Exp. 08 2017 00462 01

Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

mediante con trato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Debe precisar la Sala sin embargo que la subordinación –entendida como como la facultad del empleador de impartir órdenes al trabajador sobre el modo, el lugar, el tiempo de ejecución de las labores, y de imponer reglamentos de trabajo-, es de fácil percepción en la mayoría de relaciones de servicios personales, pero merece una consideración especial cuando la relación de servicios personales se ejecuta con quienes ejercen una profesión liberal o actividades para las que se requiere una especial formación técnica –como ocurrió en el caso bajo estudio- pues éstas exigen títulos académicos de idoneidad que asignan conocimientos científicos, técnicos e intelectuales de nivel superior y que implican, por esencia, libertad de concepción y de ejecución en las funciones que se les encomiendan, es decir, *cierto grado* de autonomía técnica y directiva, de la cual no se deriva necesariamente la ausencia del elemento *subordinación*.

En relaciones de trabajo con quienes con quienes ejercen una profesión liberal² o actividades para las que se requiere una especial formación técnica, la subordinación jurídica laboral se expresa, más que en la posibilidad del empleador de impartir órdenes sobre el MODO en que se ejecutará el servicio profesional, en la posibilidad de impartir órdenes sobre el LUGAR de prestación del servicio, o sobre la CANTIDAD de labor a realizar por unidad de tiempo, o en la imposición de REGLAMENTOS de trabajo elaborados por el empleador, entre ellos, el horario de trabajo.

² Entendida como aquella en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado, y para cuyo ejercicio se requiere la obtención de un título académico.

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

A estas materias se debe orientar la prueba de quien tiene la carga de desvirtuar la existencia de subordinación que el legislador presume, es decir la parte demandada.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó servicios personales para la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y LA REPÚBLICA DE IRLANDA desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 4 de mayo de 2017, de manera continua e ininterrumpida y conforme a ello se presume que tales servicios se ejecutaron bajo subordinación, elemento cuya existencia no fue desvirtuada por la demandada.

La prestación de servicios personales con anterioridad al 10 de junio de 2010 (fecha de suscripción del contrato de trabajo escrito) no fue objeto de controversia por la demandada a lo largo del proceso, y encuentra prueba clara en la confesión contenida en la contestación de la demanda -válida de conformidad a los artículos 191 y 193 del C.G.P- en la cual señaló su apoderado que el demandante prestó servicios personales entre el 1 de mayo de 2007³ y el 9 de junio de 2010, así como en la comunicación del 27 de enero de 2020 suscrita por el Jefe de Misión Adjunto y Representante legal de la Embajada Británica (folios 156 a 157) en la que se aclara *“el alcance de los servicios contratados y prestados para los periodos 01 de mayo de 2007 a 9 de junio de 2010 por el Sr. Ricardo Puerto Sabogal (...)”* explicando que *“durante el periodo referido anteriormente el Sr. Puerto fue requerido por nuestra agencia Serious Organised (sic) Crime Agency, la cual*

³ Valga señalar que en la contestación de la demanda existen imprecisiones en este aspecto, pues en algunos apartes de la contestación asegura que la prestación del servicio fue desde el 1 de enero de 2008. Sin embargo, tratándose de la confesión deben tenerse en cuenta aquellas circunstancias que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como lo es para el caso la fecha 1 de mayo de 2007 como inicio del contrato.

Exp. 08 2017 00462 01

Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

operaba como parte de la Embajada Británica para proveer servicios específicos relacionados con sus actividades en Colombia (...) Dada la naturaleza especializada de nuestro trabajo, para el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2007 y el 09 de junio de 009 se requirió el apoyo técnico profesional de un tercero en materia de sistemas e informática”.

También se obtiene prueba del servicio personal en las misivas de 1 de agosto de 2012 (folio 68⁴) y 13 de mayo de 2012 (folio 69⁵) signadas por William Denny, Tercer Secretario de la Embajada Británica Bogotá, en las cuales se certifica que Ricardo Puerto trabaja en esa organización desde mayo de 2007 en el cargo de Oficial Ingeniero Técnico.

Probado el *servicio personal*, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación, para lo cual debía traer al proceso evidencia clara de que las labores se ejecutaron con plena autonomía técnica y directiva.

Para ese efecto no se allegó prueba suficiente de la cual se pueda concluir que la labor se realizó sin sometimiento a órdenes de trabajo y a reglamentos de quien lo contrató en cuanto al tiempo, el lugar y/o la cantidad de servicios contratados.

De los elementos de prueba acopiados en el expediente, particularmente de los testimonios, no es posible deducir, como lo hizo la juez de primer grado, que los servicios se hubieran desarrollado de manera esporádica (o no continua), ni que se hubieran ejecutado sin sujeción a órdenes de trabajo. De hecho, ninguno de los deponentes pudo indicar de manera clara, concisa y detallada, cuáles eran las obligaciones a cargo del actor, ni cuales fueron las actividades que realizó en el periodo al que alude la demandada.

⁴ Dicho documento cuenta con su correspondiente traducción, archivo “*folio 68T.pdf*” carpeta “04.1. Folios Traducciones Oficiales”, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ Dicho documento cuenta con su correspondiente traducción, archivo “*folio 69T.pdf*”, *ibid*.

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

Sobre el asunto, CARLOS ERNESTO BURGOS CHÁVEZ⁶, quien laboró como Gerente en el Departamento Contable de la embajada entre el año 1996 y el año 2015, dijo que el demandante laboraba en una de las entidades del gobierno que quedaba dentro de la embajada, específicamente en una zona de tipo clasificado, a la que no todos tenían acceso. Afirmó que nunca ingresó a esa sección, y que no sabe exactamente qué funciones desarrollaba el actor, sólo dijo que lo veía entrar *casí* todos los días. Tampoco le consta si existía relación jerárquica, si recibía órdenes, o quién era el jefe directo de Ricardo Puerto, ni si tenía personal a cargo, o si disponía de un puesto o elementos de trabajo, pues era una sección muy secreta. Insistió en que esa área tenía información clasificada que no era de conocimiento público a la que sólo ciertas personas tenían acceso.

En el mismo sentido OTTO CASTRO BERMUDEZ⁷, dijo laborar en la embajada desde el 17 de junio de 2002 y que actualmente se desempeña como Coordinador de Logística (primero fue escolta y luego coordinador de seguridad). Aseguró que el demandante tenía una oficina en una extensión de seguridad de la embajada, específicamente en un área que denominó “*compartimentación*” respecto de la cual no podían preguntar qué se hacía o qué se guardaba. No sabía qué hacía el actor, ni si recibía órdenes o instrucciones, tampoco si se le suministraron elementos de trabajo.

LUISA ALEXANDRA DEL PILAR HERNÁNDEZ⁸, quien trabaja en la Embajada demandada desde el 29 de octubre de 2001 como Oficial de Servicios Corporativos, aseguró no saber el cargo que desempeñaba el demandante, pero sostuvo que este laboraba para una dependencia llamada

⁶ Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021, parte 1, récord 06:16.

⁷ Ibidem récord 39:41.

⁸ Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021, parte 1, récord 56:29

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

SOCA, respecto de la cual no pudo explicar qué hacía en ese momento. Refirió que el actor antes de vincularse como trabajador fue contratista, lo que le consta porque ella recibía la facturación que entregaba el mismo demandante para sus pagos. Al indagársele qué cambió tuvo la relación entre la vinculación como contratista y el contrato de trabajo, dijo que en las labores nada, solo que no volvió a pasar facturación y que se le incluyó en la nómina de trabajadores.

NELSON PEÑA FERNÁNDEZ⁹, quien trabaja en la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda desde diciembre de 2001 y actualmente ocupa el cargo de Jefe de Seguridad Local, aseguró que laboró con el demandante en el año 2008 en un grupo llamado SOCA, prestando servicios en un equipo de seguridad. Afirmó que RICARDO PUERTO era el ingeniero de sistemas que brindaba soporte y apoyo técnico. Señaló que veía de manera esporádica al actor, porque este también viajaba por cuenta de la embajada a operaciones confidenciales, y por ello no sabe si cumplía un horario específico. Señaló que, inicialmente, Ricardo Puerto estaba ubicado en una oficina anexa a la suya. Advirtió que no hubo cambios en las funciones a raíz de la vinculación laboral, y que siempre *entendió* que prestaba apoyo técnico al departamento en todos los temas antidrogas que manejaba el área. Dijo desconocer algún proyecto específico al que estuviera asignado el demandante. No sabe con certeza quién era el jefe directo del actor, pero dijo que Steve Reynolds era el jefe del departamento.

El análisis de estas pruebas no permite concluir, como se dijo antes, que las actividades desempeñadas por el demandante se hubieran ejecutado con autonomía técnica y directiva. Por el contrario, son indiciarias de que los servicios prestados durante todo el tiempo (de 2007 a 2017) fueron las mismas; lo único que cambió, según los deponentes, fue la forma en que se

⁹ Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021, parte 2 récord 000:48

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

pagaba la remuneración, asunto en el cual fueron particularmente precisos los testimonios de LUISA ALEXANDRA DEL PILAR MONSALVE HERNÁNDEZ y NELSON PEÑA FERNANDEZ.

Además de los testimonios, la prueba documental también resulta indiciaria de continuidad en la subordinación, pues acreditan que la vinculación mediante el contrato de trabajo del demandante buscaba “*formalizar*” la relación que ya traía, lo que se deduce del texto del correo de folio 162 en el cual se indica:

“SOCA Bogotá desea formalizar sus relaciones de trabajo con Ricardo PUERTO SABOGAL (CC. 79293419). Él actualmente trabaja para nosotros como contratista. Deseamos que el sea el LE en la embajada, mediante un contrato laboral de tiempo completo o indefinido, a ser pagado por SOCA (lo mismo que con Molly) (...)

Sus funciones específicas son:

- *Dar soporte al técnico SOCA*
- *Proporcionar asistencia técnica a las actividades de SOCA en Colombia.*
- *Mantener los sistemas de TI relevantes*

Me disculpa si no puedo dar más detalles ya que Ricardo realiza trabajo bastante sensible (confidencial).

(...)

Título del cargo: Soporte Técnico

Salario: \$10.010.869

(Tipo Salario): Base (No integral)

Tipo contrato: Indefinido”

Así las cosas y dado que la carga de desvirtuar la existencia del elemento *subordinación* la tenía la demandada, y que dicha carga no fue cumplida, se debe declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 1 de mayo del

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

año 2007, y proceder a la liquidación de los derechos laborales que se pudiesen haber causado desde esa fecha, para dictar las condenas que corresponden.

(ii) PRESCRIPCIÓN: Previo a definir los valores adeudados, el Tribunal estudiará la excepción de prescripción propuesta por la demandada (folio 130).

Para resolver sobre esta materia, los artículos 488 y 489 del CST, y el artículo 151 del CPTSS, disponen un término de tres (3) años para la prescripción de las acciones que se elevan ante un juez en orden a obtener la declaración o la ejecución de obligaciones causadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo. Dicho término se cuenta desde el momento en que la obligación se hizo exigible, y se interrumpe por una sola vez con la reclamación escrita del trabajador, afiliado o pensionado, en la cual se identifique específicamente el derecho o la prestación objeto del proceso judicial, caso en el cual, el término de tres años volverá a contarse nuevamente.

Con este criterio normativo se declarará probada la excepción de prescripción de la sanción por no consignación de las cesantías de los años 2007, 2008, 2009 y proporcional de 2010, pretendida en la demanda, pues la reclamación fue presentada el 12 de junio de 2017 (folios 13 a 18), y para esa fecha se había superado con suficiencia el término trienal. Dicha sanción era exigible a partir del día siguiente al vencimiento del plazo con que cuenta el empleador para consignar las cesantías a un fondo cada año (el 14 de febrero del año siguiente a la acusación de las cesantías), por ser ese el momento a partir del cual se podía reclamar judicialmente el reconocimiento. En el caso presente el demandante tenía plazo para procurar el pago de esta sanción hasta el 14 de febrero de 2014.

Exp. 08 2017 00462 01
 Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

No operó la prescripción frente al reclamo de las cesantías, ni de la reliquidación de la sanción por despido sin justa causa, ni de la indemnización moratoria y los perjuicios materiales, pues estos conceptos se hicieron exigibles a la finalización del contrato de trabajo (4 de mayo de 2017) y la demanda fue impetrada el 17 de agosto de 2017 (folio 97).

Tampoco operó la prescripción de los aportes a seguridad social en pensión, los cuales son imprescriptibles según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

(iii) Con las precisiones anteriores se efectuará la liquidación de los derechos reclamados así:

CESANTÍAS: El demandante reclama el pago de las cesantías de las anualidades 2007, 2008 y 2009 y proporcional de 2010, respecto de las cuales no se advierte probado pago alguno en el expediente. Para su liquidación se tendrá como salario de 2007 el mínimo legal mensual vigente de esa anualidad, ante la ausencia de prueba en el expediente de un valor distinto. Para los años restantes, el salario será de \$16.775.751 conforme a la certificación expedida por la demandada, que milita en folios 158 a 161.

Efectuadas las operaciones se obtiene un total adeudado por CESANTIAS de \$41.203.326,05, así:

Año	Días laborados	Salario	Subtotal
2007	240	\$ 433.700,00	\$ 289.133,33
2008	360	\$ 16.775.751,00	\$ 16.775.751,00
2009	360	\$ 16.775.751,00	\$ 16.775.751,00
2010	158	\$ 16.775.751,00	\$ 7.362.690,72
TOTAL			\$ 41.203.326,05

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone para el empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando el empleador omite el cumplimiento de su obligación, se pueden presentar dos escenarios: (i) una omisión en la afiliación del trabajador al Sistema Pensional, caso en el cual la normatividad dispone el pago mediante cálculo actuarial del valor de los aportes que corresponderían por los tiempos del servicio prestados (inciso 1°, párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993); o (ii) una omisión de pago de aportes de un trabajador al que sí se había afiliado previamente al Sistema Pensional, caso en el cual, se debe ordenar el pago de los aportes causados junto con un interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993).

En el caso presente, según lo probado, se incurrió en una omisión de afiliación del demandante durante el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 9 de junio de 2010, y procede por el el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión causados en ese interregno.

Para este pago la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el actor efectuará las operaciones pertinentes, en los términos que establece el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, tomando el valor de los topes salariales de la base de cotización de cada anualidad, dado que los salarios que recibió el demandante durante la relación superaban los 25 SMLMV (Ley

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

797 de 2003), salvo el año 2007 que se liquidará sobre 1 SMLMV como se dijo antes.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS: Como se explicó en apartado anterior, sobre este concepto operó la prescripción.

RELIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Definida la existencia de un despido injusto (aspecto no discutido en esta instancia), la Sala realizó las operaciones aritméticas pertinentes y obtiene por este concepto la suma \$ 62.808.742,64, aplicando la proporción que regula el artículo 6° de la ley 50 de 1990 (para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales), de la cual resultan 155,12 días de indemnización a razón de \$404.891,17¹⁰ de salario diario.

Como la demandada pagó \$43.946.887, adeuda al demandante la diferencia, es decir \$18.861.855,64, frente a la cual se dictará la condena respectiva.

SANCIÓN MORATORIA: Para resolver sobre esta materia, el artículo 65 del CST impone al empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones que se causaron en favor de sus trabajadores, al finalizar el contrato de trabajo.- Si bien esta sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que lo hagan imposible, como su inclusión en procesos de liquidación empresarial.

¹⁰ El último salario mensual fue de \$ 12.146.735,08

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

No es una razón *plausible* para negar el pago de prestaciones sociales la celebración de un contrato de prestación de servicios independientes de manera voluntaria, pues en materia laboral prima la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), y al trabajador le está vedado, por mandato constitucional, renunciar a los derechos que puedan surgir de esa realidad.

En el caso presente la evidencia aportada al plenario no permite duda alguna sobre la real existencia de una relación independiente de servicios antes de que el demandante se vinculara como trabajador; por el contrario, las pruebas demuestran que la relación se desarrolló en las mismas condiciones antes y después de su inclusión en la nómina de trabajadores de la embajada.

Por lo anterior, se condenará a la demandada a pagar como indemnización (sanción) moratoria durante los primeros 24 meses (del 5 de mayo de 2017 al 4 de mayo de 2019) a razón de un día de salario por cada día transcurrido, con base en el salario diario de \$404.891,17 (salario mensual de \$12.146.735,08) la suma de \$291.521.641,92; y a partir del primer día del mes 25 y hasta el momento en que se verifique el pago, pagará sobre las prestaciones adeudadas, intereses a la tasa máxima dispuesta para créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

PERJUICIOS MATERIALES: Pretende el demandante el pago de los perjuicios materiales causados como consecuencia del despido sin justa causa. Para solventar este aspecto, el artículo 64¹¹ del Código Sustantivo

¹¹ "ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo

Exp. 08 2017 00462 01

Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

del Trabajo establece una indemnización tarifada, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador, la cual comprende el lucro cesante y el daño emergente¹².

Por ello, si el demandante considera que el resarcimiento otorgado en la Ley es insuficiente, le correspondía la carga de probar que la afectación fue

texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”

¹² Dicha preceptiva, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, tiene como fundamento un “sistema tomado del derecho contractual privado tradicional de consagrar el incumplimiento de una de las partes como condición resolutoria del vínculo para imputar a la parte fallida el pago de los perjuicios comprendidos por el daño emergente y el lucro cesante. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 115 de 26 de septiembre de 1991. Rad. 2304)

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

mayor, lo cual no ocurrió, pues ningún medio de prueba se allegó con ese propósito, razón por la cual no se accederá a esta pretensión.

INDEXACIÓN: Se accederá al pago de la indexación únicamente respecto de la diferencia por despido sin justa causa -frente a la cual no procede la sanción moratoria-, como quiera que la misma se encuentra encaminada a contrarrestar la devaluación de las sumas adeudadas por el paso del tiempo.

Por el resultado del recurso, COSTAS de primera instancia a cargo de la demandada.

SIN COSTAS en la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. DECLARAR** que entre RICARDO PUERTO SABOGAL y la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y REPÚBLICA DE IRLANDA existió un contrato de trabajo entre el 1 de mayo de 2007 y el 4 de mayo de 2017.
- 3. CONDENAR** a la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y REPÚBLICA DE IRLANDA a pagar a RICARDO PUERTO SABOGAL la suma de \$41.203.326,05 por concepto de cesantías de las anualidades 2007, 2008, 2009 y proporcional de 2010.

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda

4. **CONDENAR** a la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y REPÚBLICA DE IRLANDA a pagar a RICARDO PUERTO SABOGAL, la suma de \$18.861.855,64 por concepto de saldo insoluto de la indemnización por despido sin justa causa, que se debe entregar debidamente indexada a la fecha de pago.
5. **CONDENAR** a la EMBAJADA DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y REPÚBLICA DE IRLANDA a pagar a RICARDO PUERTO SABOGAL por indemnización moratoria del artículo 65 del CST \$291.521.641,92, por los primeros 24 meses. A partir del primer día del mes 25 (5 de mayo de 2019) y hasta el momento en que se verifique el pago de las prestaciones adeudadas, pagará intereses a la tasa máxima dispuesta para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las prestaciones adeudadas (sobre las cesantías tasadas en \$41.203.326,05).
6. **CONDENAR** a la demandada a pagar mediante cálculo actuarial, los aportes a pensión causados a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 9 de junio de 2010, para lo cual la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el actor, deberá efectuar las operaciones pertinentes en los términos que establece el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, tomando para el año 2007 como salario base el mínimo legal, y para los restantes el valor los topes salariales en la base de cotización de cada anualidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
7. **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN.
8. **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra en este proceso.
9. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada.
10. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Exp. 08 2017 00462 01
Ricardo Puerto Sabogal contra la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto parcial



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE PILAR HENAO CASTILLO CONTRA
CONJUNTO RESIDENCIAL YAKALI P.H.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia dictada por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 2022. En ella, se ABSOLVIÓ a la propiedad horizontal demandada de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PILAR HENAO CASTILLO presentó demanda contra el CONJUNTO RESIDENCIAL YAKALI para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de mayo de 2019, el cual terminó por despido sin justa causa el 2 de septiembre de ese mismo año. Pide que se condene al demandado a pagar a su favor prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, causados en vigencia de la relación laboral, indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 1 de mayo de 2019 suscribió un contrato de prestación de servicios con el Conjunto Residencial Yakali-

Propiedad Horizontal con el fin de desempeñar el cargo de administradora, el cual tenía una duración de 12 meses y una remuneración mensual de \$2.200.000. Asegura que la demandada le exigió el cumplimiento de horario de trabajo rotativo de lunes a viernes 4 horas y sábados 3 horas el cual fue determinado por el Consejo de Administración. Indica que la labor encomendada fue prestada de manera personal, atendiendo las instrucciones del Consejo de Administración y bajo la continuada subordinación, ya que no se le permitía delegar las funciones para las que fue contratada. Refiere que no fue afiliada al sistema general de seguridad social ni le cancelaron las acreencias laborales correspondientes. Señala que el 3 de septiembre de 2019 la Asamblea General Extraordinaria de Copropietarios de manera unilateral decidió terminar sin justa causa su contrato, y que en diciembre de ese año acudió al Ministerio de Trabajo a efectos de que se le cancelaran sus prestaciones (ver demanda folios 3 a 12, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el CONJUNTO RESIDENCIAL YAKALI P.H. a través de apoderado judicial. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de prestación de servicios, su duración, el valor de la remuneración, el domicilio, el cargo desempeñado por la actora, la supervisión ejercida por el Consejo de Administración la cual tenía como fin verificar el cumplimiento de los deberes profesionales contratados, la falta de pago de aportes a seguridad social y de prestaciones sociales, lo cual justificó en la naturaleza del contrato celebrado, y la fecha de finalización del vínculo. Negó que la demandante cumpliera un horario exigido por el contratante, pues asegura que el mismo fue acordado entre las partes para la atención de los residentes lo cual hacía parte de las funciones inherentes al cargo y era una disponibilidad de solo 4 horas; tampoco aceptó que la actora desarrollara las funciones personalmente ya que dejaba como asistente a LINA AMAYA a quien ella misma contrató bajo su responsabilidad. De igual forma indicó que no terminó sin justa causa el contrato, y que las razones quedaron consignadas en el acta de la asamblea. Se opuso a las pretensiones de la demanda, tanto declarativas como de

condena, señalando que tales pedimentos no encuentran respaldo en la realidad, y que la demandante actúa de mala fe en *abuso del derecho* al reclamar acreencias laborales que no le corresponden como quiera que entre las partes nunca existió un contrato laboral sino un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido (ver contestación folios 36 a 45 archivo 01 y 1 a 10 archivo 02 expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de febrero de 2022, en la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación pretendida, y ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO ABSOLVER a la demandada Conjunto Residencial YAKALI P.H. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante señora PILAR HENAO CASTILLO, en consideración a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida y cobro de lo no debido relevando al despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados. TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Liquidense por secretaría fijando cómo agencias en derecho la suma de \$1.000.000. En caso de no ser apelada la presente decisión cómo resulta adversa a los intereses de la parte actora se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en su favor.”* (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022, récord 13:46, carpeta 05 expediente digital, trámite de primera instancia).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que si bien se acreditó la prestación personal del servicio, se logró desvanecer la presunción de subordinación, y con ello la existencia de un contrato de trabajo, en tanto se demostró que la demandante ejercía sus funciones de manera autónoma e incluso las

delegaba en su hija. Además, porque nunca cumplió un horario establecido por la demandada, ya que su concurrencia dependía de su voluntad, y no estaba sujeta a órdenes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado de la demandante la apeló con el fin de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Asegura que con las pruebas aportadas y recaudadas se acreditaron los elementos que configuran el contrato de trabajo, particularmente el cumplimiento de un horario y la subordinación derivada de las instrucciones dadas por el Consejo de Administración. Afirma que no tenía ni autonomía ni independencia para ejecutar sus funciones¹ (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022, récord 14:36, carpeta 05 expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir si se acreditó la existencia de un vínculo laboral entre las partes.

¹ “Si señora juez me permito presentar recurso de reposición (sic) contra la sentencia dictada por su despacho para que el Tribunal de Bogotá Sala Laboral lo revoque y, en su lugar, conceda las pretensiones incoadas en la demanda, con ello se declare el contrato laboral desde el 1 de mayo de 2019 hasta el 30 de abril de 2020. El pago de la indemnización y las prestaciones sociales a que tiene derecho; lo anterior toda vez a que junto a la demanda se aportaron las pruebas que se configura un contrato realidad de naturaleza laboral, es de salvar señoría que en la misma declaración que rindió la representante legal del conjunto demandado manifestó a su despacho que mi representada sí cumplía un horario de trabajo incluso que le constaba que ese espacio lo dedicaba a atender al público lo que constituye uno de los elementos del contrato para que se configure la prestación personal del servicio. Y asimismo los demás testigos que aportó la parte demandada como fue el actual presidente del consejo de administración también indicó a su despacho que mi representada recibía instrucciones por parte del consejo de administración lo que configura también otro elemento del contrato como la subordinación, es decir, mi representada no tenía la autonomía e independencia para ejecutar sus funciones como administradora sin aprobación del consejo de administración que era en sí el ente que se encargaba de regular todas sus funciones, en ese sentido se configura los elementos del contrato de trabajo, independiente de modalidad del contrato que se firmó; toda vez que se desnaturaliza con el transcurrir del tiempo configurándose un contrato laboral. En ese sentido señoría dejo sustentado mi recurso indicando que el tribunal de Bogotá sala laboral lo revoque y conceda cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Para resolverla son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”; disponen como elementos esenciales del contrato (i) la actividad *personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y (iii) el salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo y que dicho *servicio personal* se ejecutó en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues, como lo señaló el *a quo*, las pruebas practicadas en el proceso desvirtúan la existencia de servicios *personales* prestados por la demandante, y que ellos fueran *subordinados*.

Si bien no fue objeto de controversia que la demandante prestó servicios como administradora a favor de la demandada -situación aceptada por la pasiva desde la contestación y que se verifica además con la copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes (folios 13 a 19 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia)-, de las declaraciones rendidas por los testigos resulta claro que el servicio no era **personal** pues se prestaba por intermedio de otras personas (su hija), lo que excluye la existencia de un contrato de trabajo. Pero, de todas formas, y aún si se pudieran entender personales tales servicios, resulta claro que se ejecutaban con plena autonomía y por ello no existió continuada subordinación o dependencia, ni contrato de trabajo.

Al respecto, JHON OSWALDO SÁNCHEZ ROMERO², quien actualmente se desempeña como presidente del Consejo de Administración y es residente del Conjunto Residencial Yakali P.H. desde hace 10 años, fue claro en indicar que sobre las actividades de la demandante el Consejo de Administración no podía ejercer control disciplinario pues su acción se limitaba a verificar que se cumpliera con el objeto del contrato y establecer las funciones que estarían a su cargo, pero no impartir órdenes como tal. También refirió que la administradora era libre en su horario y métodos de trabajo, así como en determinar las personas que trabajaban con ella, tan es así, que constantemente en el horario de atención al público se encontraba una muchacha llamada Lina, que fue designada por la misma actora autónomamente como su asistente. Además, indicó que la demandante podía ir por la mañana o por la tarde y no tenía que pedir permiso para ausentarse, ni había consecuencias ante su inasistencia.

JULIO ARMANDO POLO SUÁREZ³, quien labora como guarda de seguridad en la propiedad horizontal demandada, señaló que no siempre veía a la

² Audiencia virtual del 1 de febrero de 2022, récord 19:04, carpeta 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

³ Audiencia virtual del 1 de febrero de 2022, récord 45:13, carpeta 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

demandante y que Lina era como su secretaria y, de hecho, era a quien más veía en la administración.

No se desvirtúa la conclusión que se obtiene de los testimonios referidos por la existencia de un horario de atención al público, pues era una de las obligaciones inherentes al objeto del contrato de servicios celebrado entre las partes, además la disponibilidad para realizar dicha actividad fue determinada por la misma demandante de lo cual resulta claro que no había un reglamento de horario de trabajo impuesto por el contratante, tal como se verifica del otro sí al contrato de prestación de servicios (folio 35, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia) y del correo electrónico del 27 de mayo de 2019 en el que Pilar Henao Castillo informa a la administración de YAKALI P.H. su disponibilidad en la semana para la atención, la cual era de aproximadamente 4 horas diarias en diferentes franjas horarias que variaban según el día (folio 76 ibidem).

Por todo lo dicho se confirmará la sentencia apelada, reiterando que por la forma como se demostró desarrollada la labor, se debe entender que no hubo un *servicio personal*, lo que excluye la presunción del artículo 24 del CST. Pero de todas formas, y aun si se pudiera entender que los servicios se prestaban de manera personal (*“por sí mismo”* en palabras de la norma), lo cierto es que la eventual existencia del elemento subordinación fue plenamente desvirtuada por la parte demandada con las pruebas aportadas al expediente.

Por el resultado del recurso la condena en COSTAS de segunda instancia recae en la parte demandante.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$300.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ ROJAS CONTRA
JORGE FANDIÑO S.A.S. Y JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la demandada JORGE FANDIÑO S.A.S. contra la sentencia dictada por la Juez Décima (10º) Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de febrero de 2022. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y JORGE FANDIÑO S.A.S., y CONDENÓ al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST. ABSOLVIÓ a JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ de pretensiones propuestas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ ROJAS presentó demanda contra JORGE FANDIÑO S.A.S. y JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad JORGE FANDIÑO S.A.S. del 1º de marzo al 31 de diciembre de 2017, en el que el trabajador percibió un salario de \$4.500.000 mensuales, pide que se condene al pago de los salarios adeudados a partir del 1º de septiembre de 2017, vacaciones, cesantías con sus intereses, prima de servicios, indemnización

por despido indirecto, y sanción moratoria por el no pago de salarios y *liquidación* de prestaciones sociales. Afirma que JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ es solidariamente responsable de las condenas, como accionista. En subsidio, pide que se condene a la referida sociedad, y solidariamente a JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ, al pago de los honorarios adeudados a partir del 1º de septiembre de 2017, debidamente indexados.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 1º de marzo de 2017 suscribió contrato de prestación de servicios con JORGE FANDIÑO S.A.S. para prestar sus servicios como *ingeniero hidráulico junior* de la sociedad contratante, con funciones de *“elaborar, ejecutar y presentar la información necesaria para el correcto desarrollo empresarial de la contratante”*, con una contraprestación de \$4.500.000 mensuales. La duración inicial del contrato fue de 2 meses según parágrafo que permitía a cualquier de las partes manifestar su intención de darlo por terminado con 7 días de antelación. El contrato se ejecutó desde la fecha de suscripción hasta el 31 de diciembre de 2017, pese a lo cual no le han sido cancelados los pagos a partir de septiembre de dicha anualidad, en cuantía de \$18.000.000. Habida cuenta de lo anterior, el 29 de diciembre de 2017 radicó carta en la que *“solicita el pago de honorarios pendientes”*, sobre lo cual insistió mediante correos electrónicos del 13 y 22 de marzo de 2018. El 23 de marzo siguiente la demandada respondió *“que reconocía la obligación, así como su vencimiento”* y que pagaría el 15 de marzo de 2018, pero no ha cumplido. En desarrollo del vínculo no contó con autonomía ni independencia, debía cumplir jornada laboral, y acatar órdenes como el resto del personal contratado *“por nómina”*, debía pedir permiso para ausentarse y debía reponer o compensar el tiempo de trabajo. El objeto social de la demandada es *“todo tipo de actividad relacionada con Ingeniería y Arquitectura”* y requería la prestación permanente de un ingeniero hidráulico, lo que llevó a que su contrato en lugar de durar 2 meses llegara hasta los 10 meses (Ver demanda en archivo 06 folios 12 a 30, 53 a 72 y 96 a 115, y archivo 07 folios 12 a 30).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por JORGE FANDIÑO S.A.S. y por JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ,

mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones. Afirma que el vínculo que unió a las partes fue de índole civil, contrato de prestación de servicios, como se afirmó en la demanda, y señala que la suma adeudada a título de honorarios asciende a \$14.000.000 y no como se indicó, sin que haya lugar a su indexación por no estar así contemplado en el contrato que unió a las partes. Negó que dicha deuda hubiera sido la causa de terminación por parte del actor, quien se limitó a hacer uso de lo dispuesto en el clausulado sobre la terminación del contrato. Considera que hay lugar a condena solidaria en contra de la persona natural convocada, como quiera que dicha figura no se encuentra prevista para las Sociedades por Acciones Simplificadas. Resaltó que la *gran mayoría de las empresas de ingeniería* hacen uso de contratistas pues se les contrata para una *labor determinada* cuya duración es difícil de prever. Finalmente, señaló que la empresa se encuentra *buscando los recursos necesarios* para atender pasivos a su cargo. En su defensa propuso como *excepción: cobro de lo no debido*. (Ver contestación en archivo 06 folios 154 a 158).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero de 2022, en la cual la Juez Décima (10º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y JORGE FANDIÑO S.A.S., y la CONDENÓ al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST. ABSOLVIÓ a JORGE ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ de pretensiones propuestas en su contra. Para tomar la decisión, encontró acreditados los elementos constitutivos del contrato laboral, sin que dicha vinculación fuera desvirtuada por la sociedad demandada, con la consecuente responsabilidad en el pago de salarios, prestaciones, vacaciones e indemnización moratoria por no pago de aquellos, al no encontrar acreditada buena fe del empleador. Con base en la carta de terminación del actor y el interrogatorio de parte del representante legal de la empresa demandada, consideró la existencia de un *despido indirecto*. Finalmente, consideró que no había lugar a la condena solidaria, por no ser una sociedad de personas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ ROJAS y la sociedad demandada JORGE FANDIÑO S.A.S., que se desarrolló en el periodo comprendido del 1º de marzo del año 2017 hasta el 31 de diciembre del año 2017, en el cargo de Ingeniero Hidráulico Junior, con una asignación mensual \$4.500.000, contrato que terminó por justa causa imputable al empleador, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada JORGE FANDIÑO S.A.S. a cancelar al demandante señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos: Por el concepto de salario: la suma de \$18.000.000, de auxilio de cesantías: \$3.750.000, por concepto de intereses a las cesantías: \$375.000, por concepto de prima de servicios: La suma de \$3.750.000, por concepto de vacaciones: La suma de \$1.875.000. Se condena por el concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST a pagar la suma de \$108.000.000, y a partir del inicio del mes 25 a pagar la tasa máxima de interés de crédito de libre asignación, certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las salarios y prestaciones, como cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, por las cuales se emitió condena en esta sentencia hasta la fecha efectiva del pago. Por concepto de indemnización del artículo 64 del CST se deberá pagar la suma de \$4.500.000 pesos. Todo lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada JORGE FANDIÑO S.A.S. Y en relación al demandado JORGE FANDIÑO RAMÍREZ se declara probada la excepción de cobro de lo no debido y se ABSUELVE de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda por el demandante el señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ ROJAS, de conformidad en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Se CONDENAN EN COSTAS de esta instancia a la parte demandada JORGE FANDIÑO S.A.S., a favor del demandante el señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ, y deberán ser tasadas por secretaria e incluirse como agencias en derecho la suma de \$4.500.000. Así mismo se condena en costas a la parte demandante, el señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ, a favor del demandado JORGE*

ALFONSO FANDIÑO RAMÍREZ, costas que también deberán ser liquidadas por secretaria e incluir como agencias en derecho la suma de \$600.000.” (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – archivo 14 Hora 3:45:18).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la sociedad demandada pide que se revoque la decisión, Afirma que la prueba testimonial es clara respecto a la autonomía del actor en sus funciones en cuanto a la información, organización y resultados, y que ello no se desvirtúa por la posibilidad de recibir aclaraciones y correcciones sobre los informes presentados, así como tampoco por el hecho de tratarse de una contratación con el fin de cumplir el objeto social de la empresa, pues esto no requiere hacerse mediante un contrato laboral. Así mismo, en su sentir, el Despacho no consideró que la demandada está en trámite de *reorganización* ante la Superintendencia de Sociedades, situación que por demás no requería prueba pues tal proceso cursa en la *administración “entendida como un todo”*, de lo cual se deduce que la misma sociedad no ha buscado evadir el pago y, por el contrario, incluyó el pago de honorarios del actor en el trámite de liquidación y se encuentra en búsqueda de los recursos para responder por sus acreencias, lo cual sí da cuenta de su actuar de buena fe, sin que se haya probado lo contrario, es decir, su mala fe. Finalmente, advierte que si bien el demandante hizo mención a los honorarios adeudados en la carta de terminación, no señaló de manera *expresa* que esa era la razón para su desvinculación sin que la Ley permita que se interprete de otra manera o se aleguen razones distintas con posterioridad (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – archivo 14 Hora 3:50:50)¹.

¹ *“Muchas gracias su Señoría, pues sí, quisiéramos proponer un recurso de apelación respecto de la sentencia proferida por el despacho y lo hacemos sobre la base de las siguientes consideraciones. Hemos de decir que el recurso es parcial, en tanto solamente se ocupa de los elementos condenatorios de la sociedad JORGE FANDIÑO S.A.S., pero en nada se ocupa de lo que tiene que ver con el señor JORGE FANDIÑO RAMÍREZ, persona natural, respecto de cuyo pronunciamiento no presentamos recurso alguno, sino que manifestamos nuestra conformidad con el despacho. Bien, en lo que tiene que ver con la sentencia y concretamente con las condenas impuestas a la sociedad JORGE FANDIÑO S.A.S., nuestro... nuestra inconformidad se remite a los siguientes elementos: Primero, en su criterio el testimonio de... el señor Jorge Bonilla puso de presente de manera clara que él, perdón corrijo el nombre, el testimonio del señor Héctor, Héctor Henry Benito puso de presente de una manera absolutamente clara la autonomía que tenía el contratista en el cumplimiento de sus funciones. Con todo respeto por la señora juez creemos que los elementos fueron valorados de manera equivocada, ya*

que este testigo, que era testigo de la parte demandante, claramente mencionó que el tema de la información, del procesamiento de la organización y de los resultados era manejado de manera autónoma por el demandante. No se desvirtúa esa autonomía por el hecho de que el contratista deba presentar informes y éstos puedan ser objetos de aclaraciones o de correcciones porque no descansa allí el elemento que permita acabar o dar por terminada la autonomía del profesional. Entonces creemos que ahí hubo una valoración equivocada por parte de la señora Juez y la, el testigo se confunde al no comprender que la autonomía se refería al cómo se cumplía con el... con las labores para las cuales fue contratado el ingeniero ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ. Adicionalmente se colige la subordinación por parte del despacho a partir de ciertas consideraciones que aplicarían necesariamente tanto para un contrato laboral como para un contrato de prestación de servicios, y me explico, evidentemente si una empresa en su objeto social requiere un ingeniero hidráulico como lo..., perdón, si un ingeniero de las calidades del... del demandante, pues lo, lo, lo requiere indispensablemente para cumplir con su objeto social, pero no significa ello, es decir, la necesidad de atender unos compromisos con sus clientes, no significa que eso no pueda hacerse a través de un contrato de prestación de servicios y que tenga que hacerse necesariamente, como lo considera el despacho, a través de un contrato laboral. No surge del objeto social y del cumplimiento del objeto social de la sociedad demandada necesariamente la condición de trabajador laboral propiamente dicho en favor de el respetado ingeniero de FELIPE TÉLLEZ. Efectivamente, una empresa puede tener muchas obligaciones que cumplir y puede cumplirlas o contratando a una persona en un contrato de prestación de servicios o a través de un contrato laboral sin ninguna dificultad. Hay una valoración que hace el despacho respecto de la buena fe, o no buena fe por parte del empleador en el pago oportuno de los honorarios a que tenía legal derecho el demandante y es la siguiente: Manifiesta el despacho que no existe prueba en el expediente, en el desarrollo del proceso sobre la admisión o no como en reorganización empresarial por parte de JORGE FANDIÑO, y dice el despacho que en todo caso, aceptando esa posibilidad no hay una buena fe por parte de, del empleador. No obstante, no obstante, es cierto que la iliquidez del empleador no justifica el no pago de los, de las sumas de dinero al señor FELIPE TÉLLEZ, absolutamente cierto, pero no, el hecho de que no justifique los pagos no significa que no haya buena fe; es absolutamente todo lo contrario, cuando una empresa, cuando una empresa como la JORGE FANDIÑO entra en reorganización empresarial es, está realizando una actuación en el marco de la Ley 1116 para cumplir con sus obligaciones, no para evadirlas. Hay una valoración equivocada, también lo digo con profundo respeto por la señora Juez, en el sentido de que haber incluido a ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ como un acreedor, acreedor en el proceso de reorganización no pueda ser considerado como un elemento constitutivo de buena fe. Nosotros no pretendemos señalar que el trabajador tenga que soportar la iliquidez del, del empleador, jamás pretenderíamos eso, y por eso reconocimos las obligaciones en favor de ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ desde el primer momento; pero el hecho de que nosotros hayamos presentado ante la Superintendencia de Sociedades, en el 2019 si bien fuimos aceptados en el 2020, al señor ANDRÉS FELIPE TÉLLEZ como legítimo acreedor de la, de esa suma de dinero, en nuestra opinión, es una muestra clara de que estamos procediendo de buena fe, al ingeniero TÉLLEZ no le hemos negado nunca que se le adeudan una serie de recursos, eso es totalmente cierto su Señoría, pero hemos procedido de buena fe, tan de buena fe que estamos buscando todos los elementos financieros que nos permitan atender esas obligaciones. Ese es, ese es el, la, el, el otro elemento de insatisfacción con la sentencia. Y una valoración final, entendiendo que tendremos oportunidad de presentar de manera más a fondo en la oportunidad que eventualmente nos brinda el Tribunal, unos argumentos mejor sustentados, tenemos que decir también que la termina, que la terminación del contrato laboral por parte del señor TÉLLEZ es exactamente como se hizo en esa comunicación y no es posible que esa voluntad plasmada en ese documento luego sea interpretada de manera distinta o modificada a partir de una manifestación que haga el empleador, quiero decir, usted manifestó que se terminaba el contrato por las razones que están en la comunicación que obra en el expediente, no es posible después decir que, como lo hace el despacho haciendo una elaboración, una elucubración, que las razones fueron distintas y que entonces usted renunció porque no le pagaban. Usted en su comunicación dejó una constancia de unas sumas que se le adeudaban, pero nunca manifestó que fuese esa la razón, y no lo hizo de manera expresa en el sentido de que por cuenta de que se debían esos, esos cuatro instalamentos, esos cuatro meses de honorarios, estaba usted renunciando, no fue expresa su manifestación de voluntad, la ley no permite que eso se, se interprete de otra manera o se alegue por parte del trabajador razones distintas para la terminación del trabajo; y eso es muy importante lo que tiene que ver con la sanción de los salarios caídos, que, como lo anotó con toda profundidad el despacho, pues requieren probar la mala fe, la mala

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala, por no haber sido controvertidos por las partes durante el proceso, o encontrarse contenidos en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados: (i) que el demandante prestó servicios a JORGE FANDIÑO S.A.S. previa la suscripción de un contrato civil suscrito el 1º de marzo de 2017, como *ingeniero hidráulico junior*, para lo cual se pactó como contraprestación \$4.500.000 mensuales, el vínculo se extendió hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad; y (ii) que la sociedad demandada adeuda los pagos correspondientes a los meses de septiembre a diciembre del año 2017 (archivo 06 folios 4 a 9, 73 a 75 y 116 a 118, y archivo 07 folios 4 a 9).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si se acreditó la existencia de un vínculo laboral entre las partes; (ii) si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones; y (iii) si procede el pago de la indemnización por despido *indirecto* en los términos del artículo 64 del CST.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolverlo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador -es decir realizada por

fe del empleador. Y eso en nuestro sentir, lo decimos con profundo respeto por el despacho, está probado en el expediente a partir de una actuación que, al ser judicial, al ser judicial, está en manos de la administración, luego no tendríamos nosotros porque entregarle a la administración de Justicia un elemento que obra en poder de ella considerada como un todo. Sobre la base de esas consideraciones, de nuevo profundamente respetuosas por las consideraciones de la señora Juez, en mi condición de apoderado de la sociedad JORGE FANDIÑO S.A.S. presenté un recurso de apelación parcial de la sentencia proferida en la audiencia que nos ocupa, le agradezco mucho al despacho por su amabilidad, gentileza y por el tiempo que me ha permitido para esta presentación, muchas gracias.”.

sí mismo-, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos), y el salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*, según la cual, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* estará regida por contrato de trabajo; es decir, se presume que toda relación de servicios personales es *subordinada*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama judicialmente la declaración de existencia de un contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alegue en el proceso hechos que presume el legislador. En consecuencia, probada por el demandante la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación, y el demandado tendrá la carga procesal de desvirtuar la existencia de este elemento.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó sus servicios personales como *ingeniero hidráulico junio* del 1º de marzo al 31 de diciembre de 2017, hecho del cual surge la presunción del elemento subordinación en ese lapso, presunción que no fue desvirtuada por la demandada.

La prestación de servicios en las fechas de inicio y terminación no fue objeto de controversia ni fue apelado por la demandada, y encuentra prueba clara en la confesión contenida en la contestación a la demanda (archivo 06 folios 154

a 158), válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP², así como en la contenida en el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – archivo 14 Min. 11:48), el contrato de prestación de servicios suscrito por las partes el 1º de marzo de 2017 (archivo 06 folios 4 a 6, 73 a 75 y 116 a 118, y archivo 07 folios 4 a 6).

Para desvirtuar la subordinación la demandada debía demostrar que la labor del demandante se realizó con *autonomía técnica y directiva*, es decir sin sometimiento a órdenes ni reglamentos de quien lo contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios.

De las pruebas aportadas por la demandada no se obtiene certeza sobre ello.

No sirve para el efecto el pacto *formal* contenido en el contrato de prestación de servicios, única prueba documental en que la demandada funda su defensa, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone para los asuntos del trabajo la primacía de la realidad sobre las formas, y prohíbe al trabajador la renuncia a los derechos que puedan surgir en su favor.

Tampoco son útiles en la materia los testimonios que rindieron en el proceso HÉCTOR HENRY BENITO GUATAQUIRA y JORGE LEONARDO BONILLA (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – archivo 14 Min. 41:40 y Hora 1:06:20), pues tal como lo señaló la juzgadora de primera instancia, fueron claros en señalar una serie de condiciones de la relación que, en lugar de desvirtuar la subordinación, reafirman su existencia. Ambos manifestaron que

² CGP: “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

el demandante se encontraba siempre en las instalaciones de la empresa en el horario de 8 a.m. a 6 p.m. de lunes a viernes, siendo el segundo de ellos más preciso en señalar que el cumplimiento de horarios era obligatorio para todo el personal y era controlado mediante un programa inserto en el computador asignado, y que en caso de no cumplir dichos horarios se recibían llamados de atención, que en caso de permisos debían el demandante debía compensar el tiempo dejado de laborar, como ocurrió en alguna ocasión en que debió tomar un curso de inglés. Así mismo, dijeron que tenían, junto al demandante, un puesto de trabajo consistente en cubículo, silla y computador, que todas las labores eran supervisadas por JAVIER VARGAS, quien fungía como coordinador y tenía a su cargo tanto al personal contratado directamente como a los que se vincularon a través de contrato de prestación de servicios, y esta persona tenía la potestad de revisar, corregir o devolver los diseños que le eran presentados por el demandante, lo cual sucedió en varias ocasiones. También fueron claros en señalar que, dadas las labores desempeñadas por la empresa, el cargo desempeñado por el actor era absolutamente necesario para cumplir su objeto social.

Sumado a todo lo anterior, no está de más resaltar que desde la suscripción del contrato de prestación de servicios y pese a haberse pactado sólo por un término de 2 meses, se acordó un objeto contractual genérico “*elaborar, ejecutar y presentar información necesaria para el correcto desarrollo empresarial de JORGE FANDIÑO SAS*”, y se pactó que las labores se desarrollarían *intuitu personae*, esto es, únicamente podría ser prestadas por el contratista.

Por todo lo anterior, es claro y evidente que el elemento de la subordinación característico del vínculo laboral, y que se presume por la mera prestación del servicio personal del actor, no sólo no fue desvirtuado por la pasiva, sino que fue probado con el acervo probatorio allegado y recaudado en las audiencias.

ii) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del

recurso- el derecho al pago del salario y las prestaciones sociales que se causaron en favor del trabajador, y en caso de que no tales derechos no sean pagados a la terminación del contrato, el empleador reconocerá al trabajador a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST) un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de lo adeudado.

Si bien esta sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas del empleador de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible cumplir con sus obligaciones, como el caso fortuito, o la inclusión en procesos de liquidación empresarial forzada.

Ninguna de tales circunstancias se probó ocurrida en el expediente.

No es razón *plausible* para negar el pago, que se hubiera suscrito con el trabajador un contrato de prestación de servicios independientes pues el artículo 53 de la Constitución Política impone en materia laboral, la primacía de la realidad sobre las formas, y al trabajador le está vedado renunciar a los derechos que puedan surgir de esa realidad.

Tampoco se demostró una situación de fuerza mayor que hiciera imposible efectuar el pago de los salarios y prestaciones adeudados al demandante.

Si bien de manera reiterada la demandada adujo encontrarse en problemas financieros o incluso en un trámite de *reorganización* debido al impago de uno de sus clientes y que ello impedía cumplir sus obligaciones, ninguna prueba documental o testimonial se allegó al proceso sobre la materia. Ni siquiera se advierte la situación alegada como anotación en el certificado de existencia y representación legal actualizado a 14 de febrero de 2020 que allegó al momento de la notificación (archivo 04 folios 149 a 152).

Para exonerarse de la sanción moratoria por esta causa, la demandada debía probar que su situación económica constituía una *fuerza mayor* que impedía *disponer* de sus activos, o que estaba obligada a someter los pagos a un proceso concursal de acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, recuérdese que, como lo señaló la Juez de primera instancia, no se acredita buena fe por situaciones de *crisis financiera* pues el trabajador no puede asumir los *riesgos y pérdidas* del empleador (artículo 28 del CST), según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral al advertir que en tales situaciones se debe demostrar “*que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir sus obligaciones laborales (...) el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente*”³.

Por todo lo dicho se confirmará también en este aspecto la sentencia apelada.

i) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL845-2021 Rad. 83444 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

concretas que se hayan puesto en conocimiento de la contraparte al momento de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Cuando es el trabajador quien 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, para lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del CGP, deberá probar en el proceso que las conductas aducidas ocurrieron, que constituyen una justa causa para el efecto (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con este fundamento normativo y revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al pago de indemnización por despido indirecto, pues en el proceso se probó que el trabajador *invocó* ante su empleador, como causa de terminación del contrato, la falta de pago del salario, y ello que constituye un incumplimiento grave de las obligaciones legales.

Así lo reconoció el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, al confesar, en los términos del artículo 191 del CGP, que la razón aducida por el demandante para presentar su renuncia fue la *“falta de pago”* de sus *honorarios* durante 3 o 4 meses, aclarando, eso sí, que ello se debió a que uno de los clientes de la sociedad no realizó los pagos correspondientes y no tenían capacidad económica para responder al trabajador (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – archivo 14 Min. 11:48). Dicha confesión no se desvirtúa con el texto de la carta formal de renuncia en la que el demandante manifiesta palabras de gratitud e indica que el puesto queda al día, dejando en claro, que sólo se le habían pagado los meses de marzo a agosto de 2017 y que quedaban pendientes los pagos de septiembre en adelante (archivo 06 folios 6, 75 y 118, y archivo 07 folio 6).

Así pues, la conducta aducida por el trabajador se enmarca en lo dispuesto en el artículo 57 numeral 4 y el artículo 62 Literal B numerales 6 y 8 del CST, que se refieren a la obligación especial del empleador de pagar la remuneración pactada *“en las condiciones, períodos y lugares convenidos”* y la justa causa para terminar el contrato por parte del trabajador ante el *“incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales”* y la violación grave por parte de éste de las obligaciones o prohibiciones contenidas en los artículos 57 y 59 del CST o *“cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o reglamentos”*.

Como lo señala el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de los beneficios o utilidades del empleador, no así de *“sus riesgos o pérdidas”*, por lo que, como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de semejantes contornos, *“no resulta de recibo que se arguya que las dificultades económicas que afectan al empresario puedan restarle la condición de gravedad de este incumplimiento, en tanto la misma se califica desde la perspectiva del trabajador y no del patrono”*. En un tema tan sensible como el pago de salarios, de los cuales se depende el trabajador para su subsistencia, sería ilógico que *“no pueda terminar el contrato unilateralmente y si lo hace no pueda reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, cuando es claro que la responsabilidad en la ruptura del nexo no proviene de él sino de su contraparte”* (Sentencia Rad. 36182 del 27 de febrero de 2013).

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada JORGE FANDIÑO S.A.S.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de JORGE FANDIÑO S.A.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ROSALBA GARNICA MONTAÑO CONTRA PORVENIR S.A., FLORES DEL COLMENAR S.A. Y FLORES DEL MOLINO S.A., TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A MAPFRE SEGUROS DE VIDA COMO LLAMADA EN GARANTÍA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, por PORVENIR y por MAPFRE SEGUROS DE VIDA, contra la sentencia dictada el 19 de agosto de 2021 por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá.

En dicha sentencia (i) se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y las sociedades FLORES DEL COLMENAR y FLORES DEL MOLINO S.A. entre el 6 de mayo de 1996 y el 19 de marzo de 2015, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador y, que existió sustitución patronal entre FLORES EL COLMENAR S.A. y FLORES DEL MOLINO S.A. En consecuencia, condenó a FLORES EL COLMENAR S.A. a pagar a la demandante las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, así como las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria, absolviéndolas de las demás pretensiones en su contra; (ii) se CONDENÓ a PORVENIR a pagar a favor de la demandante pensión de invalidez a partir del 11 de julio de 2011, en cuantía equivalente a 1 SMLMV, por 13 mesadas anuales, cuyo pago retroactivo debía ser indexado. ABSOLVIÓ a esta demandada de las demás

pretensiones en su contra; y (iii) ABSOLVIÓ a MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. de las pretensiones presentadas por PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ROSALBA GARNICA MONTAÑO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., FLORES DEL MOLINO S.A. y la empresa FLORES DEL COLMENAR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que existió una sustitución patronal entre la empresa FLORES DEL MOLINO S.A. y FLORES EL COLMENAR S.A.; que existió un contrato de trabajo con FLORES EL COLMENAR S.A. entre el 6 de mayo de 1996 y el 9 de mayo de 2015 el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de su empleador. En consecuencia, pide que se condene a FLORES EL COLMENAR S.A. a pagar a su favor cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social integral, causados entre 2006 y 2015, indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria. Por otra parte, pide que se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a su favor pensión de invalidez a partir del 31 de marzo de 2011, fecha en la que se estructuró su estado de invalidez, *“aunque se demuestre en el proceso que FLORES EL COLMENAR S.A. no canceló los aportes comprendidos en los años 2006 a 2015, ya que el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR se encontraba en la obligación de realizar las acciones de cobro como lo indica la legislación y nunca lo hizo”*; además, los intereses moratorios *“más altos vigentes”* sobre las mesadas atrasadas hasta que se verifique su pago, y la indexación.

Como fundamento de lo pedido, manifiesta que inició a laborar para la empresa FLORES DEL MOLINO S.A. el 6 de mayo de 1996 a través de contrato de trabajo, para desempeñar el cargo de operaria de cultivo, devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Asegura que sus prestaciones sociales le fueron canceladas hasta enero de 2006, fecha a partir de la cual le informaron que FLORES EL COLMENAR S.A. sería su nuevo empleador.

Advierte que, a pesar de que le hicieron los descuentos con destino al sistema de seguridad social, su empleador no efectuó las cotizaciones a pensión, salud y riesgos laborales. Indica que el 9 de mayo de 2015 la señora RAMONA PARADA IRREÑO le comunicó de manera verbal la terminación de su contrato de trabajo, sin explicación o justificación alguna. Señala que no le pagaron las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social integral causadas entre 2006 y 2015, tampoco la indemnización por despido sin justa causa. De otro lado, refiere que nació el 15 de septiembre de 1963; que MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA el 2 de abril de 2012 la calificó con un 50,37% de la pérdida de capacidad laboral estructurada el 31 de marzo de 2011; que el 11 de julio de 2014 reclamó ante PORVENIR el reconocimiento de su pensión de invalidez que le fue negada mediante comunicación del 27 de enero de 2015 por no contar con el número de semanas de cotización que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Sostiene que de haberse pagado los aportes por parte de FLORES EL COLMENAR S.A. habría completado más de 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración de invalidez como lo exige la norma y que, independientemente de ello, PORVENIR no ejerció las acciones de cobro pertinentes (ver demanda folios 5 a 12 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Notificada de la demanda, fue contestada por PORVENIR a través de apoderado judicial. Se opuso únicamente a las pretensiones que le atañen, encaminadas al reconocimiento de pensión de invalidez. Asegura que la demandante no cumplió el requisito de 50 semanas de aportes en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, para acceder al derecho pensional, y que esa administradora no estaba habilitada para adelantar acciones de cobro en contra de la empresa FLORES EL COLMENAR S.A. porque en sus registros no existe reporte de ingreso de la demandante. En ese sentido, sostiene que es carga de la demandante demostrar que la relación laboral efectivamente existió, y que se adeudan los periodos reclamados. Afirma que de acreditarse la deuda a cargo de FLORES EL COLMENAR, sería dicha sociedad la responsable del pago de eventuales prestaciones que

podieran generarse a favor de la demandante. Refiere que ninguna norma del ordenamiento jurídico establece como sanción para la AFP el asumir las prestaciones cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos por la mora del empleador. En su defensa propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación folios 96 a 103 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Ante la imposibilidad de notificar personalmente a las sociedades FLORES DEL MOLINO S.A. y FLORES EL COLMENAR S.A., se les designó curador ad litem y se dispuso su emplazamiento (autos del 24 de junio y 5 de diciembre de 2016, folios 131 a 134 y 154 a 155, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Una vez posesionado el curador de FLORES EL COLMENAR S.A., contestó la demanda. Dijo no constarle ninguno de los hechos, y frente a las pretensiones se *atuvo a la decisión que tomara el Despacho*. No propuso excepción alguna (ver contestación folio 137 a 142)

El curador ad litem de FLORES EL MOLINO S.A., también contestó la demanda. Dijo no constarle ninguno de los hechos y con relación a las pretensiones señaló *atenerse a lo probado y a derecho*. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de claridad al invocar las pretensiones, prescripción y genérica (ver folios 218 a 226, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, la AFP PORVENIR S.A., llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 117 a 119, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia, el cual se admitió por auto del 25 de agosto de 2017 (folios 227 y 228 ibidem).

Enterada de la demanda, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones tanto las

del llamamiento como las de la demanda. Admitió los hechos relativos a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la demandante y la ausencia de requisitos para acceder a la prestación por invalidez, y todos los formulados por la llamante. Se opuso al reconocimiento pensional con fundamento en que la demandante no cumple con 50 semanas cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del a invalidez, requisito indispensable para la concesión de la pensión, aunado a que no existe registro de algún reporte de la demandante con la empresa FLORES EL COLMENAR S.A.- No se opuso ni se allanó al llamamiento, pero insistió en el incumplimiento de los requisitos para el acceso a la pensión por parte de la demandante. Preciso que no tiene la obligación de pagar intereses moratorios ni costas en virtud del contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, pues solo cubre sumas adicionales. Formuló como excepciones *falta de requisitos legales contenidos en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez, obligación del empleador Flores el Colmenar S.A., a pagar pensión sanción, pago de la prima del seguro previsional pendiente sobre aportes, prescripción, genérica y buena fe* (ver contestación folios 273 a 283 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de agosto de 2021, a través de la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá (i) declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y las sociedades FLORES DEL COLMENAR y FLORES DEL MOLINO S.A. entre el 6 de mayo de 1996 y el 19 de marzo de 2015, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador y que existió sustitución patronal entre FLORES EL COLMENAR S.A. y FLORES DEL MOLINO S.A. En consecuencia, condenó a FLORES EL COLMENAR S.A. a pagar a la demandante las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, así como las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria, absolviéndolas de las demás pretensiones en su contra; (ii) CONDENÓ a PORVENIR a pagar a favor de la demandante pensión de invalidez a partir del 11 de julio de 2011, en cuantía equivalente a 1 SMLMV, por 13 mesadas anuales, cuyo pago retroactivo debe ser indexado. La

ABSOLVIÓ de las demás pretensiones en su contra; (iii) ABSOLVIÓ a MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. de las pretensiones presentadas por PORVENIR S.A.

La parte resolutive de la decisión tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la aquí demandante ROSALBA GARNICA MONTAÑO y las sociedades FLORES EL COLMENAR S.A. y FLORES EL MOLINO S.A. existió un contrato laboral cuyos extremos temporales fueron los comprendidos entre el 6 de mayo de 1996 y el 19 de marzo del año 2015, vínculo contractual que fue terminado sin justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que existió una sustitución patronal entre las personas jurídicas de derecho, sociedades FLORES EL COLMENAR S.A. y FLORES EL MOLINO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la sociedad FLORES EL COLMENAR S.A. a pagar a la aquí demandante ROSALBA GARNICA MONTAÑO por los siguientes conceptos: literal a) numeral 1º cesantías \$5.424.518, literal b) numeral 3º intereses a las cesantías \$660.942, literal c) prima de servicios \$5.424.518, literal d) vacaciones \$2.586.520, por despido sin justa causa \$8.715.980, literal f) indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a razón de un día de salario, a partir del 20 de marzo del año 2015 y no como quedó expuesto en la parte motiva de la parte demandada, y a partir del mes 25 correrán o se le deberán liquidar intereses moratorios a favor de la demandante y a cargo de la demandada hasta que se sufrague el pago de dichas condenas que se están emitiendo a través de esta sentencia. CUARTO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a pagar una prestación económica por el riesgo de invalidez a partir del 11 de julio del año 2011, fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral en cuantía equivalente a 1 SMLMV para cada calenda, en 13 mesadas anuales. Así mismo, se deberá reconocer un retroactivo desde dicha calenda y hasta esta fecha de manera indexada. QUINTO: ABSOLVER a las demandadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, FLORES EL COLMENAR S.A y FLORES EL MOLINO S.A. de las demás*

pretensiones impetradas en su contra por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas FLORES EL COLMENAR S.A. y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a razón de 1 millón de pesos por cada una de estas entidades por secretaría liquídense las costas teniendo en cuenta las condenas emitidas por concepto de agencias en derecho” (audiencia virtual, archivo 04, minuto 42:15). Por solicitud del apoderado de la llamada en garantía se adicionó el numeral séptimo en la parte resolutive, que quedó del siguiente tenor: *“SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. de las pretensiones impetradas en su contra por la demandada AFP con razón a la citación como llamada en garantía dentro del presente trámite procesal y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.”* (audiencia virtual, archivo 04, minuto 58:23).

Para tomar su decisión, el Juez consideró, con relación al contrato de trabajo, que el mismo se encontraba probado con las documentales incorporadas a las diligencias, que dan cuenta de que entre la demandante y FLORES EL MOLINO existió un contrato de trabajo que inició el 6 de mayo de 1996, y fue sustituido a FLORES EL COLMENAR S.A. a partir de abril de 2009, contrato que terminó por despido sin justa causa el 19 de marzo de 2015. No halló acreditado el pago de las acreencias solicitadas en la demanda y por ello procedió a liquidarlas. Negó el pago de aportes a seguridad social en salud y riesgos laborales por no acreditarse el perjuicio, y dispuso el pago de los aportes en pensión que no figuraban en la historia laboral de la demandante. Accedió a la indemnización por despido sin justa causa, dada la forma en que finalizó el vínculo, y a la sanción moratoria por no encontrar acreditada buena fe de la sociedad FLORES EL COLMENAR como empleador. En lo que toca a la pensión de invalidez, tuvo por acreditados los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003 en razón a que la demandante tiene más del 50% de P.C.L. y cumplió con las semanas mínimas requeridas, teniendo en cuenta para ello los periodos de la historia laboral respecto de los cuales hubo omisión de cobro por parte de la AFP frente al empleador moroso, dada la imposibilidad de trasladar al afiliado las consecuencias negativas de tal omisión. Estimó que el

pago debía hacerse a partir de la fecha de estructuración y por en 13 mesadas anuales. Negó el pago de los intereses moratorios por considerar que hubo buena fe de la AFP en la negativa al reconocimiento y porque la situación de los aportes solo se definió en esta sentencia. En su lugar ordenó la indexación. Con relación al llamamiento, absolvió a MAPFRE SEGUROS DE VIDA por no contar con elementos de juicio suficientes para determinar el valor de la suma adicional que debe sufragar.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recursos de apelación los apoderados de la parte demandante, la PORVENIR S.A. y MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.

En el recurso de la demandante, solicita que se ordene el pago de la pensión en 14 mesadas anuales dada la fecha en que se causó, se acceda al pago de los intereses moratorios por cuanto la pensión no se otorgó oportunamente ni se efectuaron de manera oportuna las acciones de cobro por parte de la AFP, y que se modifique el valor de las costas impuestas para que se ajuste al pago del retroactivo que se cause a favor de la demandante y las demás condenas impuestas, las que estima se pueden fijar en el 20%¹ (audiencia virtual, archivo 04, minuto 45:37).

¹ *“Muchas gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de emitir para que sea revocado parcialmente esencialmente en el numeral cuarto para que sean condenadas no a 13 mesadas sino a 14 mesadas, en el numeral en cuanto a los intereses moratorios consagrados en la Ley 100 del 93 para que sean condenados los intereses moratorios y en relación con las costas procesales para que estas sean liquidadas de conformidad con la liquidación que se haga del retroactivo pensional y de conformidad con el valor ordenado en la sentencia, procedo a fundamentar esta apelación en los siguientes términos: En cuanto a las 13 mesadas señaló su señoría conforme señores Magistrados sea revocada parcialmente para que no se ordenen 13 mesadas pensionales sino que se ordenen 14 mesadas pensionales, teniendo en cuenta que el estatus de pensionada fue adquirido el 31 de mayo de 2011 que fue la fecha de estructuración, para dicha fecha de estructuración todavía se encontraba vigente las 13 mesadas pensionales conforme el Acto Legislativo número 1 del año 2005, teniendo en cuenta que la mesada pensional de la demandante no supera el salario mínimo. En cuanto a los intereses moratorios solicito se condenen a estos teniendo en cuenta que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no establece que se tenga que haber actuado con buena fe sino que establece simple y llanamente el reconocimiento y pago de estos intereses moratorios sobre las pensiones no reconocidas,*

En el recurso de PORVENIR S.A., solicita que se revoque la sentencia y se le absuelva de las condenas impuestas. Afirma que la decisión de rechazar la prestación fue ajustada a derecho porque esa administradora no tenía conocimiento de la existencia de la relación laboral de la demandante con FLORES EL COLMENAR S.A., pues no le fue reportada la novedad de ingreso en su momento, razón por la cual le resultaba imposible adelantar las acciones de cobro contra esa sociedad. Por ello, asegura, no sería viable ni justo que se le condenara a reconocer una pensión de invalidez cuando no se le dio la oportunidad de cobrar. Sostiene que era el empleador a quien le correspondía asumir la consecuencia de la mora. En caso de que se confirme la condena,

teniendo en cuenta que esta pensión no había sido pagada oportunamente debe ser condenado, pero adicionalmente pues si se debe observar la mala fe o más la mala fe que actuó el fondo de pensiones fue la negligencia y la culpa con la que actuó al no haber iniciado las acciones judiciales correspondientes en contra de FLORES EL MOLINO. Si bien una de la defensa de PORVENIR es que si iniciaron acciones judiciales aportando tardíamente un proceso ejecutivo que aparece en los últimos folios, este proceso se inició en septiembre del año 2007, si nosotros revisamos señores Magistrados, para esta fecha ya habían ocurrido más de tres años desde el último aporte que había hecho a FLORES EL MOLINO y tal como se señaló en la sentencia no operó un retroactivo o una novedad, en este caso se está incumpliendo el Decreto 1406 de 1999 que establece cuáles son las novedades permanentes y cómo se deben presentar. Adicionalmente, el Decreto 1161 del 94 que estaba vigente para esa fecha establece las acciones de cobro y aquí en estas acciones de cobro dice que corresponde a las entidades administradoras iniciar las acciones de cobro y los intereses de mora que hay que cobrar, pero adicionalmente esta norma establece que el término en que se deben iniciar estas acciones de cobro que son de forma inmediata, inmediatamente opera la mora, no dos años y siete meses después del último aporte, no puede entonces señalar la administradora de fondo de pensiones que es válido haber iniciado un proceso judicial cuando una empresa ya no existía dos años y siete meses después y que este sea un argumento de actuación de buena fe, entonces no solamente porque la norma señale que se deben pagar los intereses moratorios sino por la negligencia y la culpa demostrada que actuó la administradora de fondo de pensiones, porque si hubiesen iniciado la acción judicial a tiempo hubiesen obtenido los aportes y la demandante no hubiese pasado estos cinco años en este proceso judicial en la situación y en la protección que merece una persona en situación de discapacidad que trabajó durante más de 18 años y pues recibiendo sus salarios, haciéndole los descuentos y que por negligencia de esta entidad no se hubiese cobrado por lo que si se solicita se ordene el pago de los intereses moratorios. En cuanto a las costas procesales el acuerdo señalado en la sentencia solicito a los señores magistrados ajustarlas con todo respeto teniendo en cuenta que este es un proceso en el que ha habido diferentes audiencias en las que inclusive se realizó un despacho comisorio para la toma de testimonios, en donde se han realizado las actuaciones de los diferentes apoderados que han representado a la demandante, pero adicionalmente a la cuantía de la retroactividad y a la cuantía que se establece en contra de las empresas demandadas para que se ajuste a un 20% sobre estos valores, es todo su señoría, muchas gracias”.

solicita que se imponga, a cargo de MAPFRE como llamada en garantía, el pago de la suma adicional aun cuando no se tenga certeza a cuánto asciende ese valor² (audiencia virtual, archivo 04, minuto 50:49).

² *“Gracias su señoría, estando en el momento oportuno interpongo el recurso de apelación ante los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para así mismo solicitarles se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada basado en los siguientes argumentos. Señores Magistrados, como se ha venido argumentando por parte de mi representada, no solamente en el escrito de contestación de la demanda a través de sus excepciones propuestas, los hechos, enunciados y de las pretensiones invocadas, igualmente en los alegatos ante el a quo quiero referirme que nos apartamos de todas y cada una de las fundamentaciones esbozadas por el a quo, teniendo en cuenta que efectivamente mi representada desde el primer instante cuando observó la relación de aportes que fue aportada en su momento ante el a quo como prueba, efectivamente la decisión que tomó de rechazo de la prestación fue plenamente ajustada a derecho y por qué señores Magistrados si bien es cierto el a quo argumenta por parte una responsabilidad por parte de mi representada respecto de la omisión de las acciones de cobro, lo que es claro es que debe quedar absolutamente expuesto ante ustedes que mi representada PORVENIR no tenía conocimiento de la existencia de una relación laboral de la demandante con la empresa FLORES EL COLMENAR pues no le fue reportada novedad de ingreso en su momento, lo que pues los conducía a la indefectible conclusión de que mi representada estaba imposibilitada física y jurídicamente para adelantar alguna acción de cobro en contra de la empresa en mención y en consecuencia no sería legalmente viable ni ha sido ni justo, que para el caso que nos ocupa haya sido condenada a reconocer y pagar la pensión de invalidez cuando le fue cercenada la posibilidad de cobrar. Igualmente, y en consecuencia y en la medida en que no pueda afirmarse en el caso que nos ocupa mi representada haya actuado de manera negligente porque no lo fue así o que por lo menos se insinúa a través de las condenas impuestas que haya incumplido con sus obligaciones legales, se reitera no conocía la existencia de una relación laboral de la demandante con la empresa FLORES EL COLMENAR. Es a dicho empleador y no a mi representada que le había correspondido asumir la consecuencia de esa mora en el pago de esas cotizaciones para poder deducir el descuento a una pensión de invalidez con base en lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1406 del 99, y es que señores Magistrados adicionalmente debe resaltarse pues que de todas maneras no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que establezca como sanción para las administradoras del régimen general de pensiones la obligación de asumir las prestaciones a que haya lugar cuando no se acredita el cumplimiento de los requisitos a causa de mora del empleador, por el contrario, de lo dispuesto en los artículos 17, 28 y 60 de la Ley 100 del 93 se concluye de que se trata de un sistema basado del aseguramiento y con obligaciones recíprocas en el cual la obligación de las administradoras frente al reconocimiento de las pensiones a que haya lugar depende de que las cotizaciones hayan sido efectuadas en debida forma, lo que implica que se realice de manera oportuna para los empleadores permite que se actúe en contravía de ese postulado de reciprocidad obligando a las administradoras a asumir prestaciones sin que existan las cotizaciones correspondientes, en consecuencia, al no pago de la prima del seguro contratado para atender la pensión de invalidez y sobrevivencia lo cual atentaría directamente contra el equilibrio y sostenibilidad del sistema. Como lo ha venido mencionando y ateniéndonos a las argumentaciones esgrimidas por parte del a quo en relación de la aplicabilidad para efectos desde el punto de vista normativo para reconocerle la pensión de invalidez, lo que sí es claro es que esta apoderada se aparta de todas las formas señores Magistrados del reconocimiento por parte de la aseguradora MAPFRE como llamada*

Por su parte MAPFRE SEGUROS DE VIDA, afirma no encontrarse de acuerdo con las razones de su absolución, pues dicha determinación debió sustentarse en la falta de pago de cotización o prima de seguro previsional a cargo de la demandante de acuerdo a las condiciones generales de la póliza. En lo que corresponde a la condena impuesta a cargo de PORVENIR, consideró que no se tuvo en cuenta la documental que se aportó por ese fondo de pensiones que da cuenta de las gestiones adelantadas por PORVENIR para recuperar o cobrar las primas que debía pagar la demandante. Adicionalmente sostiene que el fondo de pensiones no tenía forma de conocer que el actual empleador era FLORES EL COLMENAR³ (audiencia virtual, archivo 04, minuto 59:19).

en garantía a respaldar en caso de que el Tribunal llegare a confirmar la condena impuesta a mi representada al reconocimiento de dicha pensión en la forma indicada por el a quo con la correspondiente indemnización, y es que quiero referirme concretamente que por el solo hecho de que se asevere de que no se pueden imponer condenas de manera abstracta el hecho de que tal y como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia en sentencia en radicación 4799 1214 del 2018 Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga en el que se discutió un caso con idénticas circunstancias fácticas del que nos ocupa, se condenó a la aseguradora previsional al reconocimiento y pago de la suma adicional con independencia a la existencia de mora patronal lo estipulado en el artículo 77 de la Ley 100 del 93 en cuanto a la suma adicional y demás consecuencias requeridas para el financiamiento de la pretensión de invalidez y sobrevivientes que tiene una finalidad superior cual es el de garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de lo cual se concluye, 'que tal cobertura es automática pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica a la aseguradora por ministerio de la Ley, se le extiende sus efectos en calidad de garante y por tanto tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobreviviente, por las razones anteriores señores Magistrados solicito efectivamente sea impuesta en el caso de considerar por parte de la rectificación de la imposición de reconocimiento de la pensión de invalidez sea la aseguradora MAPFRE por las razones expuestas por esta apoderada que asuma la debida suma adicional y sumas adicionales correspondientes para poder atender el requerimiento relacionado con este beneficio pensional, por las razones anteriores solicito una vez más sean desestimadas todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada, muchas gracias".

³ *"Gracias señor Juez, en mi calidad de apoderado de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, me permito presentar apelación frente a la sentencia más que frente a la absolución frente a MAPFRE frente al fundamento de la absolución de la misma, ya que el fundamento de la absolución de la misma por parte del despacho al cual se remite al absolverme el numeral séptimo de la parte motiva, la parte motiva indica que no hay elementos de juicio que lleven a determinar el valor o monto a pagar por parte de MAPFRE lo que llevaría a pensar el suscrito que lo que está diciendo el despacho es que para el despacho si habría póliza lo que no hay es cómo determinar la suma a pagar, bajo este entendido del fallo y la parte resolutive fundamentada en la motiva es claro para el suscrito que se debió absolver a mi representada no por la falta de elementos suficientes para determinar la suma a la que debería responder*

MAPFRE, sino porque tal y como en la audiencia de interrogatorio de parte la representante legal de PORVENIR adelantada por el despacho día 22 de abril del año 2019 cuando quedó claramente establecido dentro de esta la confesión que esta hace, frente a que la AFP PORVENIR nunca canceló y nunca pagó cotización o prima de seguro previsional con cargo a la hoy demandante, lo anterior porque como lo afirmó en su momento nunca recibió cotizaciones al sistema, es por ello señores Magistrados que se debe confirmar la absolución pero por motivos diferentes, ¿cuáles son estos motivos diferentes?, de conformidad con la documental aportada al proceso y que obra dentro del mismo está claramente aportada las condiciones de seguro previsional en el cual se indica que el no pago de la prima como ocurrió en este caso y lo cual fue confesado por la representante legal de PORVENIR en interrogatorio que adelantó el suscrito y tiene toda plena validez dentro de este proceso, indica que nunca efectuó ningún pago a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. por esta por la hoy demandante con cargo al seguro de previsional, por lo tanto, en el caso específico de la hoy demandante no había póliza de seguro por no pago de prima frente a esta, es de recordar al despacho y señores Magistrados que el seguro previsional suscrito por mi representada estuvo vigente el 1º de enero del año 2010 al 31 de diciembre del año 2013, es claro que y tal como se probó dentro de este proceso incluso las cotizaciones a FLORES EL MOLINO fueron hasta el año 2009 que era el momento en que estaba afiliada a través de la AFP o tuvo conocimiento la AFP del empleador reportado, por lo tanto, incluso antes de la toma del seguro previsional por parte de PORVENIR ya no se estaba generando ningún tipo de pago de prima por la AFP por este concepto, o sea, no lo podía generar porque al momento en que inició el contrato con mi representada ya no configuraba dentro de las personas reportadas o que debía reportar cuando se contrataba el seguro previsional, situación que vuelvo insisto lo reconoció la representante legal al momento de que confesó de que a mi representada nunca se realizó el pago de la prima por parte de la hoy demandante de cara a qué, a contratar el seguro previsional frente a este, esto está claramente probado por la confesión hecha por la representante legal en su interrogatorio de parte. Finalmente, lo que tiene que ver con el tema de la condena a PORVENIR también me permito manifestarme en el siguiente sentido señor Juez, está claramente probado dentro del proceso que la hoy demandante estuvo afiliada y lo dijo el despacho al momento de fundamentar su fallo dentro de las pruebas aportadas por hoy PORVENIR se demostró que la hoy demandante estuvo afiliada a FLORES EL MOLINO hasta el año 2009, también en ese mismo interrogatorio al que hice mención anteriormente frente al tema del fundamento de la absolución frente a MAPFRE la representante legal de PORVENIR allegó al proceso y fue obviamente incorporado todo el trámite que hizo PORVENIR tendiente a recuperar los dineros frente FLORES EL MOLINO los cuales no se pudieron recuperar de acuerdo a la documental que se aportó y se le dio traslado ese día en interrogatorio a todas las partes y se incorporó al proceso, de las gestiones que hizo PORVENIR frente a recuperar o cobrar las primas que debía pagar o debió haber pagado FLORES EL MOLINO frente a la hoy demandante, esa documental se encuentra debidamente aportado donde se probó la gestión que hizo PORVENIR por lo tanto en consideración al suscrito también se debe revocar la condena frente a la AFP PORVENIR, en la medida en que si se demostró la gestión que se hizo y no tenía forma de conocer que el actual empleador era FLORES EL COLMENAR actualmente, bajo estos argumentos dejo presentado mis alegatos los cuales solicito sean acogidos por el Honorable Tribunal y se confirme la absolución frente a MAPFRE pero por los motivos indicados es decir la falta de póliza por no pago de la prima frente a la hoy demandante y así mismo se proceda a revocar en lo que tiene que ver a las condenas frente a la AFP por lo esbozado, gracias señor Juez”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de discusión en esta instancia: (i) que entre la demandante y la sociedad FLORES DEL MOLINO S.A. existió un contrato de trabajo que fue objeto de sustitución patronal a FLORES EL COLMENAR en abril del año 2009, la relación de trabajo se ejecutó entre el 6 de mayo de 1996 y el 19 de marzo de 2015; (ii) que el contrato de trabajo terminó por despido sin justa causa por parte del empleador y que se adeudan a la demandante las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión entre el 2006 y el 2015; (iii) que la demandante nació el 15 de septiembre de 1963 y fue dictaminada por MAPFRE COLOMBIA VIDA con una pérdida de capacidad laboral del 50,37%, con fecha de estructuración de invalidez el 31 de marzo de 2011 (ver folios 14 a 17 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Acorde a los recursos (artículo 66A del CPTSS) y por razones de método, el Tribunal estudiará: (i) si frente a las empresas FLORES DEL MOLINIO S.A. y FLORES EL COLMENAR S.A. existen aportes en mora durante el tiempo de vinculación laboral de la afiliada, a fin de que se computen en su historial laboral para efectos pensionales; (ii) si se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que reclama la demandante; de ser procedente el reconocimiento pensional, se definirá si hay lugar al pago de la mesada 14, la procedencia de intereses moratorios, y si MAPFRE SEGUROS DE VIDA debe ser condenada a completar el capital necesario para financiar la prestación; y finalmente (iii) si procede condena en COSTAS de primera instancia a favor de la demandante.

- **(i) OMISIÓN EN EL PAGO DE APORTES:** Para resolver lo que corresponde en esta materia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, dispone la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) por parte de los afiliados, los empleadores y*

contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”.

Cuando es el empleador quien omite el cumplimiento de dicha obligación, se pueden presentar dos escenarios: (i) que ocurra una omisión en la afiliación, del trabajador al Sistema, es decir, que el empleador no haya realizado los trámites necesarios para que se pudieran subrogar los riesgos del trabajador en el Sistema de Pensiones, caso en el cual las normas y la jurisprudencia han dispuesto a su cargo el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes por los tiempos de servicios prestados, y que el cómputo de esos tiempos procede y genera eventuales derechos al pago de las prestación por la entidad administradora de pensiones, siempre y cuando, el empleador traslade a satisfacción de ella (la administradora) la suma que corresponde a dicho cálculo actuarial (inciso 1°, párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993); y (ii) que ocurra una omisión de pago de aportes de un trabajador afiliado al Sistema, caso en el cual las normas y la jurisprudencia han dispuesto a cargo del empleador, el pago de los aportes junto con un interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). En este último escenario, además, reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958), y por ello, la administradora debe reconocer y pagar los derechos que se pudieron causar por los periodos en mora e iniciar las acciones pertinentes para el cobro.

Con estas premisas normativas y una vez revisada la historia laboral aportada al expediente por PORVENIR S.A. (folios 22 a 24 y 105 a 107 del archivo 01 del expediente digital), el Tribunal confirmará la sentencia de primer grado en cuanto consideró la existencia del segundo escenario descrito, y ordenó que los periodos en mora fueran computados para el acceso de la demandante a la pensión que reclama, pues se demostró que fue afiliada por FLORES EL MOLINO S.A. al Sistema y que dicha sociedad pagó aportes únicamente por

los periodos 200206 a 200309, 200311, 200401 y 200407, sin que se hubiera generado una novedad de retiro del Sistema por parte de dicho empleador.

En ese sentido, y acreditado como se encuentra que la relación laboral se extendió hasta el 19 de marzo de 2015 -como se dejó decantado al inicio de esta providencia- y a pese a que se presentó una sustitución patronal con FLORES EL COLMENAR S.A., se debe entender que los periodos 200310, 200312, 200402 a 200406 y 200408 a 201503 se encuentran en mora por parte del empleador y la responsabilidad del Fondo de pensiones de adelantar las gestiones de cobro por un total de 372,85 semanas.

Sobre las acciones de cobro al expediente se incorporó copia de la demanda ejecutiva interpuesta por PORVENIR (antes BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS) contra FLORES EL MOLINO S.A. el 28 de septiembre de 2007, radicada bajo el número 10 2007 00991 00, en la cual se persigue el pago de \$238.477.729 correspondientes a la *obligación a cargo del empleador por los aportes en Pensión Obligatoria* (folios 347 a 379), así como algunas actuaciones surtidas al interior de ese proceso, no se allegó copia del título ejecutivo ni del detalle al que correspondía la suma demandada, de lo cual resulta imposible conocer si dicha reclamación comprendió los aportes a pensión adeudados por esa sociedad a favor de ROSALBA GARNICA. Pero, de todas formas, lo cierto es que la obligación pensional estaba a cargo del Fondo, y no podía oponer a la afiliada las consecuencias que le pudieran acarrear a sus finanzas las eventuales demoras en los trámites de cobro.

Contrario a lo aseverado por PORVENIR, no resulta válido alegar el desconocimiento de la relación laboral de la demandante con la sociedad que sustituyó al empleador principal (FLORES EL COLMENAR S.A.) para derivar de ello la inexistencia de obligaciones de cobro, pues se trató de la misma relación de trabajo en la que mutó una de las partes por sustitución patronal en los términos que regula el artículo 67 del C.S.T.- De haber efectuado las gestiones de cobro que de acuerdo a la Ley le incumbían, habría podido conocer esa situación (la sustitución patronal) oportunamente.

- **(ii) PENSIÓN DE INVALIDEZ.** Para resolver la procedencia del derecho pensional que se concedió en primera instancia, específicamente si la demandante cumplió o no los requisitos que dan acceso a la pensión de invalidez, la norma vigente en el año en que se estructuró la invalidez –año 2011- (el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003) disponía en el numeral 1° el derecho a la pensión de invalidez para el afiliado “[q]ue haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

Con este fundamento normativo y dado que la condición de invalidez de ROSALBA GARNICA MONTAÑO se estructuró el 31 de marzo de 2011 con el 50,37% de pérdida de capacidad laboral (folio 17, archivo 01), se confirmará también la sentencia dictada en primera instancia en cuanto reconoció el derecho pensional a favor de la demandante, pues se probaron **154.28** semanas imputables a cotización dentro de los 3 años anteriores a dicha data, es decir, entre el 1 de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2011.

El número de semanas referido se obtiene de la historia laboral de PORVENIR y del análisis de los aportes en mora que se realizó con anterioridad en relación con las empresas FLORES DEL MOLINO S.A. y FLORES EL COLMENAR S.A., conforme el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia según el cual la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958).

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación en 1 SMLMV, pues esta materia no fue objeto de apelación. Pero se revocará en cuanto dispuso el pago de la prestación en 13 mesadas pues, por mandato del inciso 8 y el parágrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, se causó antes del 31 de julio de 2011, y procede el pago de 14 mesadas anuales (se causó el 31 de marzo de 2011).

No se modificará la decisión de primera instancia en cuanto reconoció el pago de la prestación a partir del 11 de julio de 2011, porque esa circunstancia tampoco fue apelada.

INTERESES DE MORA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone el pago de intereses de mora por el retardo injustificado en el pago de las mesadas de pensión a los afiliados al Sistema.

Como a la demandante se le adeudan las mesadas causadas a partir del 11 de julio de 2017 (según lo determinó el juez de primera instancia), procede el interés referido sobre cada una de las mesadas adeudadas, y éste corre a partir del 12 de noviembre de 2017, dado que la reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 11 de julio de 2017 (ver folios 18 y 19) y la entidad tenía desde ese momento un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada.

Se adicionará en este aspecto la sentencia de primer grado.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Sobre esta materia y revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia en cuanto liberó de responsabilidad a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues en virtud de la póliza colectiva No. 9201410004634 vigente entre el 1° de enero de 2010 y el 1° de enero de 2014, tomada por la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) en la modalidad de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes (ver folio 120 archivo 01), estos riesgos se encontraban cubiertos por la aseguradora para el momento en que se estructuró la invalidez de la demandante (31 de marzo de 2011), y por ello, está obligada a pagar la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario que financie la pensión de invalidez reconocida en favor de la afiliada, según lo establecen los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

Valga decir que, contrario a lo señalado por MAPFRE SEGUROS DE VIDA, el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes que adquirió el fondo de pensiones, según sus condiciones generales, beneficia a los afiliados a la AFP al margen de que se haya hecho efectivo el pago o no la cotización por un afiliado específico.

No se ordenará que la suma a cargo de la aseguradora incluya las condenas dispuestas por intereses moratorios contra PORVENIR S.A., pues este concepto no hace parte de los valores asegurados en la póliza, y como ya se dijo, el objeto del aseguramiento y la responsabilidad de MAPFRE se limita a amparar la suma faltante para completar el capital necesario que permita financiar la sustitución pensional que se reclama (así lo entendió la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2843 de 2020).

- **(iii) COSTAS.** Finalmente, se confirmará la condena en costas en la forma dispuesta por el *a quo*, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

En cuanto a la tasación de las agencias en derecho contra las demandadas, se recuerda a la demandante que este no es el momento procesal oportuno para discutir el valor, según lo dispone el artículo 366 del CGP.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR y MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer que la pensión debe pagarse en 14 mesadas anuales.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto dispuso el pago de indexación.
3. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto ABSOLVIÓ a PORVENIR del pago de intereses moratorios. En su lugar se **CONDENA** a PORVENIR al pago de intereses moratorios a favor de la demandante conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales que se reconocieron en este proceso.
4. **REVOCAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, condenar a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a efectuar el pago de la suma adicional que se requiera para financiar la pensión de invalidez causada por ROSALBA GARNICA MONTAÑO, sin que su responsabilidad vaya más allá del valor asegurado en la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.
5. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
6. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR y MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ YESID DUSSAN GUZMÁN CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada 20 de septiembre de 2022 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba la reliquidación de una pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 y el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo.

Téngase al doctor Santiago Bernal Palacios, identificado con T.P. 269922, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (ver archivo 011 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ YESID DUSSAN GUZMÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado

en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se reconozca pensión de vejez conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 9 de agosto de 1999, junto con el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, los intereses moratorios y las agencias en derecho.

En sustento de sus peticiones, afirma que nació el 18 de febrero de 1937, realizó cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS hoy Colpensiones entre enero de 1967 y agosto de 1999 alcanzando 1.020 semanas de aportes al Sistema en toda su vida laboral de las cuales 753 fueron aportadas antes del 1 de octubre de 1994. Indica que estuvo afiliado por un breve periodo al régimen de ahorro individual, pues fue trasladado *sin su consentimiento* en mayo de 1995, y retornó al RPM administrado por el ISS en agosto de 1998. Contrajo matrimonio con LILIA MEJÍA DE DUSSAN el 13 de agosto de 1960, con quien ha convivido de manera permanente e ininterrumpida desde esa fecha. Refiere que su cónyuge depende económicamente de él pues no trabaja, ni recibe pensión o ingresos propios. Advierte que mediante la Resolución No. 025910 del 11 de diciembre de 2000 le fue reconocida por el instituto de Seguros Sociales pensión de vejez conforme lo reglado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y se calculó el IBL en la forma indicada por el artículo 21 y aplicando una tasa de reemplazo del 75%. Considera que tiene derecho a que la pensión se liquide con fundamento en el Decreto 758 de 1990 y a que se le pague el incremento pensional del 14%, petición que le fue negada mediante Resolución No. SUB241183 del 27 de octubre de 2017 aduciendo que no pasó los estudios de rentabilidad para la recuperación del régimen de transición (ver escrito de demanda folios 5 a 13 archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia)-

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, la contestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no es beneficiario del régimen de transición debido a que lo perdió tras efectuar un traslado de régimen pensional y para recuperar los

beneficios de la transición debió *pagar el cálculo de rentabilidad*, lo que no hizo, y contar con 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, pero solo tenía 748 semanas cotizadas. Bajo ese entendido, y como el actor no es beneficiario del régimen de transición, asegura que no hay lugar a reliquidar su pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. Sostiene que no hay lugar al pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, no solo porque no es beneficiario del régimen de transición, sino porque éste solo resulta aplicable a personas pensionadas conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 y, en todo caso, el beneficio desapareció de la vida jurídica conforme la sentencia SU 140 de 2019. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, *no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria*, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar y *no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 47 a 61 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En la audiencia del artículo 77 del C.P.T y la S.S., el juez *a quo* excluyó del litigio las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, debido a que el apoderado de la parte actora carecía de poder para esos efectos, decisión que no fue objeto de reproche alguno (audiencia virtual del 20 de septiembre de 2022, archivo 009, récord 17:27).

Terminó la primera instancia con sentencia de 20 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y la de falta de causa y título para demandar incoadas por COLPENSIONES al momento de contestar la demanda, absteniéndose el despacho de emitir pronunciamiento frente a los*

demás medios exceptivos formulados por la aquí demanda, conforme ha quedado expuesto. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a la demandada, esto es, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del aquí demandante, señor JOSÉ YESID DUSSAN GUZMAN conforme quedó expuesto en precedencia. TERCERO: Remitir al superior en el grado jurisdiccional de consulta esta decisión, en el efecto (sic) en que la misma no sea objeto del recurso de alzada por la aquí demandante. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante señalando como agencias en derecho a favor de la demandada, esto es, COLPENSIONES, el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente para la fecha en que se adopta esta decisión.” (audiencia virtual, archivo 009 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:00:30).

Para tomar su decisión, el *a quo* consideró que aunque en principio el demandante era beneficiario del régimen de transición por edad, lo perdió debido al traslado de régimen efectuado y no tener, al 1 de abril de 1994, más de 15 años de servicios.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia. Asegura que en el expediente quedó acreditado que cumplía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, pues para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 40 años de edad. Solicita se dé aplicación a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa para constatar que sí cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el régimen de transición¹ (Audiencia

¹ “Gracias su señoría. Si, con el debido respeto que se merece presento recurso apelación a la decisión tomada por su señoría en ese instante y básicamente señoría, este recurso de apelación está encaminado a solicitarle al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque la decisión tomada por su despacho y, en consecuencia, acceda a las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, toda vez que dentro del expediente quedó demostrado que mi representado sí cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición su señoría, dado que para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100

virtual, archivo 009 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:02:05).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que mediante Resolución No. 025910 del 11 de diciembre de 2000, el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES reconoció a favor del demandante pensión de vejez a partir del 9 de agosto de 1999, en cuantía inicial de \$236.460, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (ver folios 21 a 23, archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia). Tampoco se discutió la ocurrencia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) en la AFP COLMENA el día 14 de marzo de 1995, y que estuvo afiliado en ese régimen hasta 25 de junio de 1998, cuando regresó al RPM administrado por el ISS, previo diligenciamiento del formulario respectivo, hechos de los cuales dan cuenta, además los documentos de folios 54 y 55, archivo "GEN-REQ-IN-2017_10811458-20171026050650.pdf", carpeta 003 del expediente digital, trámite de primera instancia.

En virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.), el Tribunal establecer si el actor conservó o no el RÉGIMEN DE TRANSICIÓN del que era beneficiario por edad (folio 18, archivo 001 del expediente digital).

Para resolver lo que corresponde, se debe advertir que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fueron objeto de copiosa jurisprudencia y

mi representado contaba con 40, con más de 40 años de edad y de conformidad con lo manifestado en la sentencia, SU -060 del 2010 reunía los requisitos para que se le conceda que es beneficiario del régimen de transición y además, los requisitos también su señoría, que pues quedaron probados con el escrito demandatorio y esta sentencia, su señoría y también haciendo énfasis en el principio de favorabilidad, de la condición más beneficiosa y como lo ratifiqué anteriormente la sentencia SU -060 del 2010, es por lo cual le solicité al Tribunal analice de una manera más minuciosa que mi representado cumple todos los requisitos de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por ende, es procedente concederle las pretensiones de la demanda. Es por eso su señoría que le solicité al honorable Tribunal revoque la decisión tomada en esta instancia y conceda las pretensiones de la demanda, muchas gracias señoría".

decisiones disicimiles que finalmente fue unificada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010, en la cual definió, claramente, que la pérdida del beneficio de la transición sí se pierde para quienes accedieron al régimen de transición por edad por el traslado de régimen, salvo para *quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993* quienes conservarán dicho régimen por regresar al RPM en cualquier tiempo.

En los términos de la sentencia referida conservan el derecho a la transición normativa (aunque se hubieran trasladado de régimen) el demandante debió probar en el expediente que para el 1° de abril de 1994 tenía 15 años de cotizaciones al Sistema.

Revisado el expediente, se confirmará la decisión apelada pues las pruebas aportadas demuestran que para el 1° de abril de 1994 JOSÉ YESID DUSSAN GUZMÁN había realizado aportes al Sistema de pensiones por 14 años, 5 meses y 18 días. En esta situación perdió la transición con el traslado al RAIS que se hizo efectivo a partir de octubre de 1996, aunque hubiera regresado al RPM en enero de 2008, lo que se evidencia de la historia laboral aportada por COLPENSIONES (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1514-20190604112542.pdf”, carpeta 003 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Par responder a los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante (archivo 008 del expediente digital, trámite de segunda instancia) se debe señalar que en este asunto no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, por cuanto *no existe conflicto o duda sobre la aplicación* de alguna norma (artículo 21 del C.S.T.9, y que los incrementos pensionales no fueron materia de controversia en este proceso dada su exclusión del litigio, razón por la cual no procede un pronunciamiento sobre esa materia en esta instancia.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

EXP. 11 2018 00034 01

José Yesid Dussan Guzmán contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO
CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., TRÁMITE AL
QUE SE VINCULÓ A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2022 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver alegatos presentados por Colpensiones archivo 008 del expediente digital, trámite segunda instancia).

ANTECEDENTES

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

Por medio de apoderada, MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado mediante la afiliación a COLFONDOS. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro de individual.

Como fundamento de lo pedido afirma que en el año 1981 se vinculó al régimen de prima media y que en el año 1996 fue trasladada de régimen. Asegura que el asesor comercial del fondo le manifestó que su pensión sería más alta o podría retirar, en cualquier momento, el total del dinero ahorrado. Sostiene que nunca se le dieron a conocer los detalles, beneficios o desventajas de ambos regímenes, ni tampoco se le dio doble asesoría, o se le hizo una proyección de su mesada pensional, por lo que su consentimiento estuvo viciado (ver demanda folios 2 a 8, archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante proveído del 10 de diciembre de 2019 el *a quo* vinculó como litisconsorte necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (folio 29 ibidem).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada tanto por la demandada como por la entidad vinculada, mediante apoderados judiciales.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, era consciente sobre el formulario que suscribió y la elección la hizo de manera libre, espontánea y sin presiones. Además, asegura que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP COLFONDOS, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado. Advierte no ser posible el retorno de la demandante al régimen de prima media debido a que no cumple con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para tal efecto. Propuso

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

como previa la excepción de falta de reclamación administrativa y de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (ver contestación folios 37 a 43 archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones, en la forma como fueron formuladas en la demanda. Asegura que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes. Sostiene que los asesores de ese fondo le brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, se le informó sobre las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen, con lo cual se cumplieron todos los presupuestos legales. Indica que la demandante firmó el formulario de afiliación sin presión o coacción alguna y por ende no está viciado el consentimiento. Señala que no se está vulnerando el derecho pensional de la demandante porque ella puede obtener una pensión de vejez en el RAIS si cumple con los requisitos dispuestos en la ley y que no se especifica claramente en qué consistió la acción *fraudulenta* de esa AFP. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* y la genérica (ver contestación archivo 002 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 22 de septiembre de 2022, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Aseguró que la acción es imprescriptible por tratarse de una situación ligada al derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO, identificada con cédula de ciudadanía 51.603.132, del régimen de prima media, administrado por el ISS hoy Colpensiones, al de ahorro individual, administrado en su momento por COLFONDOS, el 14 de marzo de 2003, conforme a lo considerado en esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO, al régimen de prima media con prestación definida conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y demás rubros que posee la demandante en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados conforme a lo aquí decidido. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que le entregue COLFONDOS con motivo de la declaratoria ineficacia de la afiliación de la señora MYRIAM AURORA RODRÍGUEZ PARDO al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros, actualizar su información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS y COLPENSIONES y a favor de la demandante. Por secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho,*

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

en la suma de un millón de pesos para cada una. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral a fin que se surta el grabado jurisdiccional de consulta a su favor” (Audiencia virtual del 22 de septiembre de 2022 minuto 37:55, archivo 014 del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que no es posible recibir a la demandante como su afiliada, por encontrarse inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y porque ello atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera y fiscal del sistema. Pide que se revoque la condena en costas pues siempre ha actuado de buena fe y en estricta aplicación de las disposiciones legales¹ (Audiencia virtual del 22 de septiembre de 2022 minuto 40:18, archivo 014 del expediente digital).

¹ *“Su señoría siendo este el momento procesal oportuno interpongo recurso de apelación en contra de la decisión proferida por su honorable despacho, el cual sustento de la siguiente manera su señoría. Solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la condena impuesta a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en cuanto recibir como afiliado válida a la demandante en este proceso, en razón en que la misma se encuentra dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 del 2003, es así como se manifiesta que lo importante es que exista correspondencia entre la voluntariedad y la acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de notar que duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional. Finalmente con la ineficacia del traslado decretado en primera instancia del régimen pensional de esta afiliada que se encuentra la prohibición de que trata el artículo 2 de la del 797 en 2003, conforme a lo indiciado en la sentencia SU - 062 del 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema general de pensiones en el entendido que el objetivo que se dio con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen común solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en cuenta en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro pago de sus pensiones y sus reajuste periódico, se pudiesen trasladar del régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes. Es así honorables Magistrados también solicitamos por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones sea revocada la condena impuesta en costas en contra de la administradora colombiana pensiones en virtud a que la Administradora Colombiana de Pensiones a actuado bajo la égida de la buena fe y en estricta aplicación del principio legal que le corresponde a este caso en concreto, que no es más que la disposición legal que se encuentra inmersa en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, razón por la cual solicitamos la revocatoria de la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones. De este modo, solicitando al honorable tribunal, dada las anteriores consideraciones y las anteriores sustituciones, se revoque la condena impuesta en contra de Colpensiones, muchas gracias”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una*

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 42 años de edad y había cotizado 167.43 semanas²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 meses 26 días)³; y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver folios 13 y 22 archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

² Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1686-20200121044121 del expediente digital.

³ *Ibidem*.

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información*

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) -dice la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado específicamente.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que no recordaba muy bien las circunstancias en que ocurrió la afiliación a COLFONDOS pero que el asesor le había indicado que tendría una pensión mejor y que podría retirar su dinero en cualquier momento. Además, aunque contestó afirmativamente a las preguntas de la apoderada de COLFONDOS en las que indagó si le explicaron sobre los aportes voluntarios, los rendimientos y el bono pensional, dijo no tener presente si le explicaron los requisitos para acceder a la pensión y si le hablaron de pensión anticipada, entre otras características del RAIS (Audiencia virtual del 22 de septiembre de 2022 Min. 09:10).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SIN COSTAS en esta instancia.

Exp. 12 2019 00542 02
Myriam Aurora Rodríguez Pardo vs Colfondos y otro.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CARLOS EDUARDO OLMOS OLMOS CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2022 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CARLOS EDUARDO OLMOS OLMOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS efectuado en febrero de 2004, con fundamento en que al momento de *“la afiliación* ni el asesor de *COLPENSIONES* ni el de *PROTECCIÓN S.A.* le brindaron *“el deber de información a cargo”*, asesoría y buen consejo, doble asesoría, *“contestación del deber de la información”*, *“la probabilidad de pensionarse en cada régimen”*, proyección de la indemnización o devolución de saldos ni *“mecanismos de protección a la vejez”*. Adicionalmente, al momento del traslado no se tuvieron en cuenta las correcciones de los periodos del *“14-11-2020 hasta el 01-07-1991*, del 21 de agosto de 1991 al 4 de mayo de 1994 y del 1º al 28 de febrero de 2013. Como consecuencia de lo anterior pide *“se efectúe la totalidad del traslado de aportes”* de la AFP a COLPENSIONES, *“de oficio cual sería (sic) el monto de ingreso base de liquidación (IBL) por parte del fondo privado”*, *“se corrijan los periodos que no se tuvieron en cuenta, en el fondo privado al momento del traslado”* y se *“efectúe la vinculación”* a COLPENSIONES. (Ver demanda en archivo 001 folios 3 a 11).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, las normas que regulan el traslado y los parámetros para *determinar* el valor de las mesadas sin crear

falsas expectativas, con la posibilidad de aumentalas con aportes voluntarios, los rendimientos financieros y con las respectivas proyecciones pensionales, de conformidad con las normas vigentes, sin que sea dable la aplicación de disposiciones posteriores de manera retroactiva. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación y las estimaciones han variado por cambio en las nuevas tablas de mortalidad. el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Resaltó que para la época en que el actor cumplió 52 años no existía el deber de contar con soportes de la reasesoría, el cual surgió en 2016. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración, seguros previsionales o sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, pues han cumplido su destinación legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de*

administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (ver contestación en carpeta 007 folios 3 a 26).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones*. (Ver contestación en archivo 008 folios 2 a 13).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de septiembre de 2022, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las

particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que la capacidad jurídica del actor y el *tiempo* que habría tenido sean excusa para el incumplimiento de la AFP, lo cual tampoco se encuentra demostrado con la suscripción del formulario de afiliación ni la permanencia en el RAIS con el paso del tiempo. Resaltó que no se genera descapitalización del sistema pensional, pues para el efecto se realiza el traslado de recursos por parte de la AFP. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor CARLOS EDUARDO OLMOS, identificado con cedula de ciudadanía 9.309.251, del régimen de prima media con presentación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad, administrado por PROTECCIÓN, el 27 de febrero del 2004, conforme a lo consideraban esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor CARLOS EDUARDO OLMOS al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del señor CARLOS EDUARDO OLMOS, tales como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1747 Código Civil, y demás rubros que poseas el actor en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, conforme a lo aquí decidido. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores, que reintegre PROTECCIÓN con*

motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor CARLOS EDUARDO OLMOS al régimen de ahorro individual con solidaridad y, una vez ingresen los dineros, actualizar información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en cosas de esa instancia a PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y a favor del demandante por secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una. OCTAVO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte del COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral a fin que (sic) se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.” (Audiencia virtual del 19 de septiembre de 2022 – archivo 022 Min. 37:34).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado pide que se revoque la decisión, por considerar que se debe tener en cuenta la existencia entre la voluntad y la acción del actor de lo cual no existe duda que quería pertenecer al RAIS, realizó aportes de manera *personal e independiente*, lo que da cuenta de su deseo de mantenerse allí. Se debe tener en cuenta la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que busca proteger la estabilidad financiera del sistema y evitar su descapitalización. Adicionalmente, solicita se revoque la condena en costas, pues actuó de buena fe y de conformidad con las normas antes referidas. (Audiencia virtual del 19 de septiembre de 2022 – archivo 022 Min. 52:11)¹.

¹ *“Muchas gracias, señoría. Siendo este el momento oportuno, me permite interponer y sustentar el recurso de apelación frente a la decisión adoptada por su honorable despacho, recurso que sustentaré en los siguientes términos: Solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral se revoque la condena impuesta en cuanto a recibir como afiliado válido al régimen de prima media con prestación definida al hoy demandante en este proceso, señalando lo siguiente, lo importante es que exista una correspondencia entre voluntad y acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece afirmado, de modo tal que no quede duda del deseo de que el trabajador de pertenecer a un régimen*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

pensional determinado. Finalmente, la sentencia de ineficacia del traslado del régimen pensional de aquellos afiliados que se encuentran en la prohibición del traslado del artículo 2º de la ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU - 062 del 2010, atenta contra la sostenibilidad que financiera y fiscal del sistema, en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de primaria con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han Contribuido a un fondo común y que por lo mismo no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos años en el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de la presión del resto de los cotizante. Es así como el hoy demandante realizó de manera libre y voluntaria una afiliación al régimen privado de pensiones y realizó cotizaciones de manera personal e independiente, situación que conlleva un acto de relacionamiento, de querer pertenecer a un régimen pensional determinado. Por otra parte, solicito muy respetuosamente al honorable tribunal revocar la condena impuestas en costas a mi defendida, en razón a que la misma actuó bajo la guía de la buena fe y en estricta aplicación del principio legal que le corresponde a este caso en concreto. Honorables magistrados, la línea de defensa de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES es de dar estricta aplicación al artículo 2º de la ley 797 del 2003, razón por la cual solicito muy respetuosamente se revoque la condena en costas, dejando así por sustentado el recurso de apelación, su señoría, muchas gracias.”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 380,29 semanas²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 4 meses y 22 días)³; y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver archivo 001 folio 29 y archivo 002).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4, 5},

² Ver historia laboral actualizada de Colpensiones en archivo 01 folios 12 a 16 y en expediente administrativo – carpeta 010.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información que sea pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para

a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

todos los afiliados al Sistema de Pensiones, sin que importe si que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -para la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, además la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado a SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., se dio en 2004 cuando tras regresar al país se vinculó a la Fundación Cardio Infantil mediante contrato de prestación de servicios, en que se *incluyó* el formulario de pensiones, el cual suscribió como parte de aquel, sin que se le proporcionara información o asesoría alguna, sólo se le indicó que no había opción favorable y que el fondo privado sería más ágil y seguro, sumado a los dichos de sus colegas de que el ISS se iba a acabar. Desconocía la posibilidad de trasladarse a COLPENSIONES (Audiencia virtual del 19 de septiembre de 2022 – archivo 022 Min. 09:52).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación del actor, sin que sea dable descontar suma alguna por

dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) que conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶, hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 008 folios 2 a 13).

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 12 2020 00381 01

Carlos Eduardo Olmos Olmos Vs Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Otra

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE SONIA MOJICA CONTRA HECHIZOO
COLOMBIA LIMITADA**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la sentencia dictada por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021. En ella, DECLARÓ la existencia de siete contratos de trabajo con HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA, y absolvió de las condenas por *inexistencia de las obligaciones demandadas, pago de las obligaciones laborales y terminación de la relación por renuncia*.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SONIA MOJICA presentó demanda contra HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA y JORGE HERNÁN LIZARAZO LEMA¹ para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que terminó por *despido indirecto*, durante el cual fue “*acosada de manera injustificada y cruel*” pese a que la demandada conocía su situación económica y de salud. Afirma

¹ El Jgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. admitió la demanda únicamente contra Hechizoo Colombia Limitada (archivo 001 folios 97 y 98), sin que se presentara inconformidad alguna por parte del extremo demandante (Audiencia virtual del 5 de agosto de 2021 – archivo 014 Min. 12:48).

que carece de efectos la renuncia y pide que se condene al reintegro a un puesto de trabajo igual o mejor, con el pago de salarios, horas extras, dominicales, festivos, primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías y *demás devengos causados y no cancelados*, sanción moratoria por no consignación de cesantías, aportes a seguridad social, *indemnización plena de perjuicios, cuotas moderadoras, copagos y gastos de atención médica, indexación de las condenas*, intereses *corrientes* y de mora. En subsidio, en caso de no “*conceder el pago de las cesantías por el sistema de retroactividad anterior a la ley 50 de 1990*”, pide que se declare que la demandada omitió consignar las cesantías a más tardar el 15 de febrero de cada anualidad y se condene al pago de la sanción moratoria por su *no oportuna* consignación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el *15 de diciembre de 2002* suscribió contrato de trabajo con HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA, para desempeñar el cargo de *oficios varios* en las instalaciones de la empresa y en la casa del *jefe y socio* Jorge Hernán Lizarazo Lezama, con un último salario devengado de \$800.000 mensuales pagaderos de manera quincenal. Cumplió sus labores sin recibir queja o llamado de atención y durante el vínculo realizó trabajo en horas extras, dominicales y festivos autorizados por el demandado. Nunca fue afiliada a seguridad social integral. A mediados de 2014 empezó a tener problemas en su hogar como cabeza de familia debido al horario de trabajo que le impedía cuidar de sus hijos por lo que llegaron al consumo de sustancias psicoactivas y debió *colocarlos* en tratamiento, lo que requería tiempo y la obligó solicitar permisos con las correspondientes justificaciones y soportes, tiempos que *procuraba* recuperar en otros horarios, pese a lo cual fueron descontados de sus nóminas. En la medida en que se incrementaron los permisos, el empleador asumió conductas de *descortesía y grosería*, al punto de humillarla y maltratarla frente a sus compañeros de trabajo por solicitar los referidos permisos. Posteriormente un cliente aseguró que ella había dañado un tapete en ejercicio de sus labores, lo que fue reportado 8 días después, y sin poder ver siquiera el estado de dicho bien fue sancionada con 8 días de suspensión. Debido a esto y los constantes maltratos, se *vio en la*

obligación de presentar su carta de renuncia el 8 de mayo de 2015, fecha a partir de la cual inició trámites médicos para *superar sus problemas personales*. (Ver demanda en archivo 001 folios 2 a 7, 10 a 21 y 90 a 96).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA contestó la demanda mediante apoderado, quien se opuso a la totalidad de lo pretendido. Manifestó que, contrario a lo señalado en la demanda, entre las partes existieron varios vínculos laborales, el primero de los cuales inició el 1º de enero de 2005. Señaló que el último salario fue de \$700.000 mensuales y no como se señaló en la demanda. Así mismo, contrario a lo aducido, durante el vínculo se presentaron varios llamados de atención a la actora por incumplimiento de las funciones, sin que de ello se deriven sus problemas familiares, pues en todo caso, se otorgaron los permisos correspondientes una vez presentados los soportes a que había lugar, sin descuento alguno de su salario. Nunca hubo malos tratos ni *descortesía* hacia la demandante, hechos de los cuales ni siquiera se indican las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la demanda. Tampoco hubo situaciones de acoso laboral, al punto que nunca se pusieron de presente ante el Comité de Convivencia, y fue la misma demandante quien decidió presentar renuncia sin motivación alguna. Afirma que la sanción impuesta obedeció a un daño ocasionado en ejercicio de sus labores que llevó a la empresa a asumir el costo del tapete de uno de los clientes, sin que por tal hecho se hubiera realizado descuento alguno a la trabajadora. Siempre se pagaron las horas extras y el trabajo dominical y festivo que se causaron y en loa demanda ni siquiera señala las fechas en que se habrían prestado servicios en jornadas suplementarias que no se hubieran pagado. Propuso como excepción previa la de *prescripción*, y de mérito: *inexistencia de las obligaciones demandada, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor del demandante y terminación de la relación laboral por renuncia* (ver contestación en archivo 003 folios 1 a 16).

En audiencia del 5 de agosto de 2022, al fijar el litigio y dado el pago de salarios y prestaciones durante el vínculo, la juez dejó como objeto del proceso el pago de trabajo en horas extras, dominical y festivos, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones con base en ello, si la terminación del contrato es atribuible a la empleadora -despido indirecto- y si para entonces contaba con estabilidad laboral reforzada que diera lugar al reintegro, si hay lugar al pago de no consignación oportuna de cesantías, pago de aportes al sistema general de seguridad social, indemnización plena de perjuicios y gastos médicos, indexación e intereses moratorios (Audiencia virtual del 5 de agosto de 2021 – archivo 014 Min. 21:23).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de septiembre de 2021, en la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de siete contratos de trabajo entre la demandante y HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA, encontró probadas las excepciones *de inexistencia de las obligaciones demandadas, pago de las obligaciones laborales y terminación de la relación por renuncia*, y negó las demás pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, señaló que la demandante confesó la existencia de varios vínculos laborales y el pago de todas las prestaciones y acreencias en vigencia de estos, sin que se probara la prestación de servicios por fuera del horario laboral. Conforme a ello no había lugar a la reliquidación de acreencias ni se generó la sanción moratoria por no consignación de cesantías. Resaltó que la carta de renuncia se fundamentó en una sanción y no en incumplimiento de obligaciones o los maltratos aducidos en la demanda, situaciones que en todo caso no fueron acreditados en el trámite, pues ninguno de los testigos ofrece credibilidad suficiente al respecto. Tampoco se evidenció la calidad de madre de familia aducida, pues únicamente se allegaron antecedentes psiquiátricos de sus hijos, pero no se acreditó la ausencia de apoyo del padre o algún otro familiar. Finalmente, no se probaron perjuicios que dieran lugar a indemnizaciones adicionales.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre SONIA MOJICA como trabajadora y

HECHIZOO COLOMBIA LIMITADA como empleadora existieron los siguientes contratos de trabajo: Contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de enero de 2005 y el 24 de septiembre de 2007. Contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de noviembre de 2007 y el 25 de febrero de 2011. Contrato de trabajo a término fijo entre el 28 de febrero de 2011 y el 17 de diciembre de 2011. Contrato de trabajo a término fijo entre el 10 de enero de 2012 y el 22 de diciembre de 2012. Contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de enero de 2013 y el 20 de diciembre de 2013. Contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de enero de 2014 y el 19 de diciembre de 2014. Y contrato de trabajo a término fijo entre el 13 de enero de 2018 y el 8 de mayo de 2015. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago de las obligaciones laborales y terminación de la relación laboral por renuncia. TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. CUARTO: si este fallo no fuere apelado consúltese con el superior funcional Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.” (Audiencia virtual del 22 de septiembre de 2021 – archivo 019 Min. 22:00).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la trabajadora y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPTSS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en el proceso los siguientes hechos relevantes: (i) que la demandante prestó servicios a la demandada en el cargo de *oficios varios* y que la relación terminó el 8 de mayo de 2015 por decisión unilateral de la demandante, aduciendo razones imputables al empleador; (ii) que previo a la renuncia -el 6 de mayo de 2015- el empleador impuso una sanción disciplinaria de suspensión por 8 días a la demandante; y (iii) que la

empresa pagó los salarios, prestaciones y vacaciones de la demandante sin incluir tiempos adicionales laborados a título de horas extras, festivos y dominicales (archivo 001 folios 146 a 190 y archivo 002 folios 94 a 423 y Audiencia virtual del 5 de agosto de 2021 – archivo 014 Min. 21:23).

El Tribunal debe definir: (i) si entre las partes existió un único vínculo laboral a término indefinido; (ii) si la renuncia presentada por la actora constituye un *despido indirecto*; (iii) si al momento de terminación del vínculo la demandante se encontraba en situación de estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, si hay lugar al reintegro; (iv) si se acreditó la prestación del servicio en horas extras y trabajo dominical y festivo, y en caso de prosperar lo anterior, si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones; (v) si hay lugar al pago de la sanción moratoria por no consignación de cesantías a un fondo; (vi) si se adeuda suma alguna a título de pago de aportes a seguridad social integral; (vii) si hay lugar al pago de indemnización plena de perjuicios; (viii) si hay lugar al pago de *cuotas moderadoras*, *copagos* y gastos de atención médica de la demandante; y (ix) si hay lugar a la indexación y pago de intereses moratorios sobre las sumas que se encuentren adeudadas.

(i) RELACIÓN LABORAL - EXTREMOS. Sobre esta materia, los artículos 22 y 23 del CST definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Las normas facultan a las partes para definir, entre otras cosas, la duración de la relación de trabajo, y cuando se presentan contratos sucesivos con solución de continuidad entre uno y otro, el acuerdo será válido por estar permitido en

las normas, siempre y cuando, con la ejecución de lo pactado no se desconozcan derechos que pudieran surgir en favor del trabajador (teoría del *abuso del derecho*).

Como en el presente asunto no se demostró que hubiera existido continuidad en la prestación de los servicios entre uno y otro contrato, ni se demostró que la sucesiva contratación de la demandante hubiera desconocido derechos que hubieran surgido en su favor, se confirmará la sentencia de primera instancia en esta materia, advirtiendo que, de todas formas y en aplicación de la jurisprudencia trazada por Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como se verá adelante no se probaron omisiones de las cuales se derivara responsabilidad en el empleador, ni se probó que hubiera ocurrido entre uno y otro contrato una interrupción aparente o meramente formal (Sentencia SL981-2019 Rad. 74084 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), pues la evidencia documental allegada demuestra que entre las partes se suscribieron y terminaron: un contrato de trabajo a término indefinido y seis más a de término fijo (archivo 001 folios 146 a 166), con interrupciones de hasta 2 meses y previo el acuerdo de terminación por mutuo consenso, sin que de ello se hubiera derivado perjuicio alguno para el trabajador.

(ii) DESPIDO INDIRECTO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan puesto en conocimiento de la contraparte al momento de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Cuando es el trabajador quien 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, para lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del CGP, deberá probar en el proceso que las conductas aducidas ocurrieron, que constituyen una justa causa para el efecto (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia en esta materia, pues no se acreditó la ocurrencia de la conducta aducida por la demandante en la carta de renuncia motivada, ni la supuesta presión para renunciar que centró el debate probatorio del presente trámite.

La carta del 8 de mayo de 2015 aduce que la *renuncia* se funda en la “*sanción que se considera injusta*” (archivo 001 folio 186) la cual correspondería a la suspensión por 8 días de trabajo impuesta por el empleador a partir del 6 de mayo anterior (*ibídem* folio 187), circunstancia que podría enmarcarse en una *violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador*, específicamente en cuanto a “*Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores*”, de conformidad con el 62 literal B) numeral 8 y el artículo 59 numeral 9 del CST².

² CST: “ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohíbe a los {empleadores}:
(...).

9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.

(...).

ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

(...).

B). Por parte del trabajador:

(..).

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Si bien se probó la imposición de una sanción el 6 de mayo de 2015 (archivo 001 folio 187) la misma fue consecuencia de la presunta ocurrencia de un daño a cargo de la demandante en el ejercicio de sus funciones, frente a lo cual se le permitió rendir los descargos correspondientes (archivo 001 folios 189 y 190), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de Trabajo (archivo 002 folios 47 a 58), y no probó que se tratase de una sanción *injusta* o caprichosa del empleador o de un acto que *vulnere o restrinja* ilícitamente los derechos de la trabajadora, quien ni siquiera hizo uso de algún medio de defensa a su favor, como llevar su caso directamente ante el *dueño* de la empresa como se lo sugirió la testigo GLADYS PIMIENTO AYALA (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Hora 1:25:39), o acudir ante el Ministerio del Trabajo, o incluso demandar el pago de los días no laborados en virtud de la suspensión que consideró injusta. Por el contrario, se precipitó a presentar su renuncia con dicho motivo, sin que se advierta en el presente trámite alguna vulneración o restricción ilícita de sus derechos por parte del empleador respecto de lo cual nada se extrae de la totalidad de los testimonios escuchados en audiencia (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 54:56 y Horas 1:25:39 y 2:08:58), quienes ni siquiera se encontraban presentes al momento de la ocurrencia de la falta, de la diligencia de descargos, de la sanción, ni de la renuncia presentada por la actora.

Lo anterior sería suficiente para entender que la renuncia de la actora no se encontró justificada en las actuaciones del empleador y, en consecuencia, se asimila a una renuncia libre y voluntaria. No obstante, los argumentos de la demanda, reiterados en los alegatos presentados ante esta instancia (Carpeta segunda instancia – archivo 007) así como la forma en que se desarrolló el debate probatorio, se encaminan más que a demostrar el *despido indirecto* en los términos ya analizados, a probar que la trabajadora fue *inducida u obligada*

PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”.

a *renunciar*, lo cual daría cuenta de un vicio en su consentimiento por lo que habría lugar a declarar la ineficacia de dicha manifestación, con el consecuente reintegro, por lo cual procede la Sala a examinar la ocurrencia de los hechos que dan sustento a tales argumentos.

La parte actora afirma que debido al cumplimiento de su horario laboral se habría visto imposibilitada para atender su hogar con los consecuentes problemas en la educación de sus hijos, al punto que se hicieron dependientes de sustancias psicoactivas. Ello la habría llevado a estar aún más pendiente, pidiendo constantes permisos para acompañarlos a tratamientos y citas médicas, permisos que, si bien no le eran negados por el empleador, sí daban lugar a que se descontaran esos tiempos de su salario y generaban tratos degradantes por parte del empleador “*delante de sus compañeros de trabajo*”, a lo que se habría sumado la imposición de la ya referida sanción (ver demanda en archivo 001 folios 2 a 7, 10 a 21 y 90 a 96).

Para probar lo anterior, allegó apartes de la historia clínica, soportes y certificaciones de asistencia terapéutica y valoración, citas y *amonestación con reintegro al medio familiar* de Juan Diego y de Bayan Stiven Moreno Mojica, quienes asegura son sus hijos - no obran los registros civiles de nacimiento-, en algunos de los cuales ella figura como “*madre o acudiente*” (archivo 001 folios 46 a 84), los cuales darían cuenta únicamente de los aducidos problemas asociados al consumo de sustancias psicoactivas, su entorno familiar y las dificultades personales, de los cuales el representante legal de la demandada manifestó tener un conocimiento superficial en su interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 21:25),m pero nada indican sobre un vicio en el consentimiento para el momento en que suscribió la carta de retiro.

Ahora bien, en cuanto a las presuntas conductas de acoso y tratos degradantes y *descorteces* por parte del empleador o alguno de sus representantes, tampoco obra prueba documental alguna y, como lo manifestó

la Juez de primera instancia, ninguna de las declaraciones testimoniales recibidas acredita, de manera fehaciente, su ocurrencia.

REINALDO BECERRA URIBE -excompañero de trabajo de la demandante-, si bien fue enfático en señalar que se presentaban reiterados malos tratos por parte de la gerente y de la psicóloga de la sociedad, especialmente cuando se trataba de otorgar permisos para ausentarse del trabajo, no pudo individualizar un momento en que ello hubiera ocurrido contra de la demandante, al punto que resultó abiertamente contradictorio en sus dichos cuando manifestó que desde su lugar de trabajo se escuchaba todo lo que ocurría en la oficina de recursos humanos, para más adelante decir que estaba a una distancia corta pero que desde allí no se podía escuchar *casi nada*. Así mismo, al ser requerido por la Juez admitió que sus dichos correspondían a meras generalidades y, por lo tanto, nada le constaba con respecto al caso puntual de la actora, mucho menos para la época de su renuncia (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 54:56).

GLADYS PIMIENTO AYALA -también excompañera de trabajo de la actora- fue clara en manifestar que se encuentra incapacitada desde 2011, por lo que no ha laborado para la empresa desde dicha calenda, y si bien ha tenido algunas cortas vinculaciones en los años 2014 y 2017 tampoco estuvo presente para le época del despido. Su conocimiento al respecto se limita a que la misma demandante la llamó a comentarle el problema de la sanción y que presuntamente debía pagar el tapete que habría dañado, sumado a que no había podido hablar con el *Don Jorge*, pues este se encontraba de viaje y, según la testigo, era usual que en la empresa se les dijera que: si no les parecía adecuado algo, podían renunciar, pues había más gente necesitando empleo (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Hora 1:25:39). Ninguna de tales afirmaciones resulta suficiente para acreditar la conducta endilgada al empleador, pues se trata de un testimonio *de oídas*, esto es, a quien nada le consta de manera directa.

Finalmente, ROSA LILIA GAITÁN MOJICA -hermana de la demandante- no ofrece credibilidad alguna, pues su conocimiento se limita a decir que *vivía cerca* de la trabajadora, por lo que ésta *le contaba* acerca de sus condiciones laborales y de vida. Tal como lo enfatizó la Juez de primera instancia, no sólo no tuvo conocimiento directo de los hechos aducidos en la demanda, sino que el único hecho que, según su dicho le constaría, correspondería a un *empujón* que le habría propinado el representante legal de la empresa a su hermana, sin que al ser requerida por la Juez hubiera podido identificarlo, pese a estar presente en la diligencia (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Hora 2:08:58), hecho que además escapa a lo narrado en el escrito de demanda y resulta contrario a lo dicho por la propia actora en su interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49), así como por los demás testigos (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 54:56 y Hora 1:25:39) quienes fueron enfáticos en señalar que *Don Jorge*, representante legal de la demandada, siempre tuvo buenos tratos con ellos y en general con todos sus trabajadores y que el problema únicamente se habría presentado con quienes entonces fungían como gerente y psicóloga de la empresa.

Tampoco obra prueba alguna de un descuento salarial o de la compensación de trabajo por los permisos concedidos, facultad que en todo caso y bajo las circunstancias señaladas en el Reglamento de Trabajo, tenía el empleador, tanto así que, nuevamente contrario a lo señalado por la testigo ROSA LILIA GAITÁN MOJICA (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Hora 2:08:58), la misma demandante en su interrogatorio de parte confesó (artículo 191 del CGP³) que el horario era de lunes a viernes de 7:30 a.m. a

³ CGP: “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”.

5:30 p.m. y sábados hasta mediodía, el cual únicamente varió en una época en que se eliminó el trabajo en días sábados extendiendo la jornada entre semana como un *gesto* para ayudar a los trabajadores cabeza de hogar (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49), sin hacer mención alguna a trabajo en horarios adicionales o superando los límites legales (artículo 161 del CST).

En consecuencia, al no haber cumplido la parte actora con la carga de probar sus dichos relativos a verse *forzada* o *inducida* a renunciar, como era su deber procesal (artículo 167 del CGP), no había lugar a acceder a lo pretendido.

(iii) ESTABILIDAD LABORAL. Habida cuenta de que no se encontró probado el despido, ni siquiera en la modalidad de *indirecto*, no resulta procedente estudiar la eventual estabilidad laboral reforzada que pudiera ostentar la actora en atención a su calidad de *madre cabeza de familia*. Sin perjuicio de ello, en gracia de discusión, concuerda esta Sala con lo señalado por la juzgadora de primera instancia, en tanto las pruebas arrimadas resultan insuficientes para acreditar la referida calidad.

Recuérdese que, como se dijo en el acápite anterior, únicamente se allegaron algunos apartes de historia laboral, tratamientos, citaciones y una *amonestación* respecto de quienes serían hijos de la demandante, para entonces menores de edad, sin que se acreditara siquiera que la actora era su madre -se reitera, no se allegaron registros civiles de nacimiento-, así como tampoco se evidencia en éstas o en alguna de las pruebas personales recaudadas, que la actora reuniera la calidad de: “(i) *ser responsable en el plano afectivo, económico o social de hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente y no transitoria; (iii) y lo anterior obedezca a la falta de respaldo del cónyuge o compañero (a) permanente, bien sea por su ausencia permanente (abandono o muerte) o porque tenga una incapacidad física, sensorial, síquica o moral, o (iv) exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, lo cual implica una*

*responsabilidad solitaria de la mujer en el hogar*⁴, para cumplir lo señalado en el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008⁵.

Por lo que, en todo caso, habría lugar a confirmar también por esta razón la decisión de primera instancia.

(iv) HORAS EXTRAS Y TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente, ha exigido prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha laborado en jornada suplementaria, como requisito ineludible para que un juez pueda dictar condenas en esta materia⁶ 7. Ha dicho la Corte: “(...) *para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el*

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 75680 SL696-2021, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

⁵ Ley 82 de 1993: “ARTÍCULO 2º. *Jefatura femenina de hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”.

⁶ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de mayo de 2000 Rad: 13678 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA: “*En lo atinente a la remuneración de los descansos y a los recargos por trabajo en día domingo en lo esencial estimó el tribunal que no se había acreditado por el demandante los dominicales o festivos específicamente laborados. Con relación a éste último beneficio, le asiste razón al sentenciador, pues no obstante que de vieja data la jurisprudencia ha insistido que incumbe al trabajador la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en tales días, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta, es lo cierto que brilla por su ausencia la prueba con esas características, motivo por el cual no cometió desatino el fallador al asentarlos así...”.*

⁷ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL939-2018 del 14 de marzo de 2018 Rad: 46745 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, , (sic) razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencia (sic) de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados,...”.

trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas⁸.

Bajo este criterio de interpretación el Tribunal confirmará igualmente la decisión de primera instancia pues no encontró prueba fehaciente del trabajo por fuera de los horarios y días de la jornada laboral ordinaria o de la máxima legal (artículos 159 y 161 del CST).

Como se mencionó con anterioridad, no resulta útil para ese efecto el testimonio de ROSA LILIA GAITÁN MOJICA, según la cual la demandante tendría que laborar extensos horarios e incluso en días domingos y festivos (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Hora 2:08:58), pues no sólo no le constaría dicha circunstancia de manera directa -se lo había dicho la propia demandante- sino que sus dichos se contradicen con los de la misma extrabajadora, quien como ya se dijo, en interrogatorio de parte, aseguró únicamente haber laborado de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:30 p.m. y sábados hasta mediodía, con una única variación cuando el empleador intentó eliminar el trabajo en días sábados para facilitar la vida familiar, extendiendo la jornada entre semana, medida que no funcionó por incumplimiento de algunos trabajadores (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49).

De todas formas, advierte la Sala, para obtener una sentencia favorable a las pretensiones de reconocimiento de horas extras o trabajos dominicales o festivos se debieron alegar y precisar las fechas y horas en que ello pudo haber ocurrido, pues solo así se respetarían los derechos de contradicción de defensa de la demandada, lo que no ocurrió.

⁸ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9318-2016 del 22 de junio de 2016 Rad: 45931 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

(v) y (iv) Como quiera que no se encontró acreditada el trabajo en horas extras, dominicales ni festivos, en que se funda la pretensión de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, de conformidad con lo señalado en la etapa de fijación del litigio (Audiencia virtual del 5 de agosto de 2021 – archivo 014 Min. 21:23), y, en consecuencia, darían lugar también a la sanción moratoria por no consignación de cesantías, procede confirmar la absolución que impartió por estos conceptos la Juez de primera instancia.

Se resalta que el pago de las referidas acreencias, así como la consignación de las cesantías en un fondo fueron objeto de confesión (artículo 191 del CGP) por parte de la demandante en su interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49). Así mismo, obra copiosa documental que da cuenta del pago de los referidos emolumentos (archivo 001 folios 168 a 184 y archivo 002 folios 94 a 423).

(vii) APORTES A SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. Para resolver esta parte de la controversia, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone la obligatoriedad de efectuar las cotizaciones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador que sí estaba afiliado, las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). En esta eventualidad los tiempos correspondientes a dichos aportes deben ser computados por la entidad pagadora de pensiones, aun cuando no se haya efectuado el pago, pues dicha entidad tenía a su cargo y contaba con las herramientas jurídicas pertinentes para hacer el cobro respectivo, según lo ha dicho reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958). En el mismo sentido habrá de proceder en el caso del pago deficitario de los referidos aportes, pues los mismos debieron efectuarse por la totalidad del salario devengado por el trabajador en las cuantías señaladas en acápite previos.

Con este soporte y según las conclusiones probatorias antes anunciadas, se confirmará también la decisión de primera instancia que absolvió por este concepto. Además de que no se demostraron salarios deficitarios por horas extra o trabajo festivo, se acreditó el pago por confesión en el interrogatorio de parte de la demandante.

Nótese que al no prosperar la pretensión encaminada al pago de horas extras, dominicales y festivos, que daría lugar a la reliquidación de acreencias, el empleador únicamente se encontraba obligado a acreditar el pago de los aportes a seguridad social conforme los tiempos laborados, para lo cual allegó numerosa documental que da cuenta de ello (archivo 002 folios 60 a 92), sumado a que, como se dijo, se trató de un hecho confesado por la demandante en su interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49), en los términos del ya citado artículo 191 del CGP.

(viii) INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS. La parte actora no es clara en señalar en el escrito de demanda, así como tampoco lo refirió en ninguna de las etapas procesales surtidas, a qué tipo o con qué fundamento reclama los referidos perjuicios. No es posible determinar si se trata de los señalados en el artículo 64 del CST por la renuncia con justa causa⁹, o si se trata de

⁹ CST: “ARTICULO 64. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan (...).”

alguna otra circunstancia derivada de los demás aspectos que han sido debatidos a lo largo del presente asunto.

En todo caso, como se vio en acápites previos, el extremo demandante omitió su deber procesal de probar la ocurrencia de las faltas endilgadas al empleador, así como la generación de algún perjuicio en su contra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP. En consecuencia y sin que resulte necesario presentar argumentos adicionales, se confirmará también la absolución por este rubro.

(ix) PAGO DE CUOTAS MODERADORAS, COPAGOS Y GASTOS DE ATENCIÓN MÉDICA. Si bien en la demanda se señala de manera genérica que la actora se “*vio en la obligación de presentar renuncia al cargo (...) desde que mi representado (sic) inicio (sic) tramites (sic) médicos y de tratamiento para superar problemas personales*”, al no haber demostrado en el presente trámite la ocurrencia de los *hostigamientos y malos tratos* aducidos y que hubieran podido generar un detrimento en su estado de salud, así como tampoco la prestación de algún servicio médico que hubiera tenido que sufragar o costear con sus propios recursos por razones atribuibles al empleador, procede también confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

No sólo no se indicaron de manera concreta los eventuales tratamientos médicos en que hubiera tenido que incurrir la actora, sino que ninguna de las documentales allegadas ni las pruebas personales recaudadas, y ampliamente analizadas en precedencia, dieron cuenta de ello, sumado a que al no acreditarse la relación que tales presuntos *gastos médicos* hubieran tenido con las acciones del empleador, tampoco habría lugar a su reconocimiento.

Así mismo, sea de recordar que durante el vínculo el empleador cumplió con su obligación de pagar los aportes a seguridad social integral (archivo 002 folios 60 a 92), como lo confesó la actora en su interrogatorio (Audiencia virtual del 13 de septiembre de 2021 – archivo 018 Min. 42:49), por lo que tampoco

le es atribuible responsabilidad alguna por este aspecto a título de mora o negligencia en el cumplimiento del pago de las cotizaciones a salud.

(x) INDEXACIÓN e INTERESES MORATORIOS. Como quiera que no prosperó ninguna de las pretensiones condenatorias y, en consecuencia, no se encuentra acreencia alguna pendiente de pago, tampoco habrá lugar a condena alguna a título de indexación o intereses moratorios, confirmando también la absolución en este aspecto.

Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA DEL ROSARIO LIÉVANO DE LA TORRE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 10 de agosto de 2022 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor José Ismael Moreno Auzaque, quien se identifica con T.P. 130.291, apoderado principal de la parte demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA DEL ROSARIO LIÉVANO DE LA TORRE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 4 de noviembre de 1998 a través de la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que la entidad no cumplió con su deber de proporcionar información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las circunstancias y desventajas de su decisión, situación que se repitió en sus posteriores traslados al interior del RAIS. Tampoco recibió asesoría por parte de SKANDIA respecto a la posibilidad de regresar al RPM previo a cumplir los 47 años de edad, esto es, previo a encontrarse inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. Antes del presente trámite evidenció que la mesada que obtendría en el RPM sería muy superior a la que le ofrece el RAIS. En consecuencia, pide que se ordene a COLPENSIONES *aceptar su traslado* a dicha entidad y, que se ordene a *PORVENIR S.A.* trasladar los valores de los aportes, rendimientos y *semanas cotizadas*, *sin incluir* los gastos de administración y la comisión de seguro previsional. (Ver demanda en archivo 01 folios 109 a 187 Y 193 a 271).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada previa asesoría acerca del

funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada. Así mismo, las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente y, en todo caso, la parte demandante era una persona capaz y tenía la obligación de informarse sobre el acto jurídico a celebrar, sin que la falta de información sea razón suficiente para declarar la ineficacia. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, se evidenció ratificación, que se entiende con la continuidad en afiliación sin que se hubiera presentado inconformidad alguna ni haber hecho uso del derecho de traslado en todas las oportunidades que tuvo para el efecto. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibidem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previo a ello. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*. (Ver contestación en archivo 01 folios 374 a 399).

También contestó la demanda SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderado. Se opuso únicamente a las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la afiliación efectuada por la demandante con dicha entidad cumplió todos los parámetros legales exigidos a la fecha, brindó información cierta, suficiente y oportuna sobre características, bondades y limitaciones del RAIS a través de sus asesores y funcionarios, quienes están debidamente capacitados, conforme a lo cual la parte demandante tomó la

decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito y, resalta, contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada, sin que sea dable aplicar la inversión de la carga de la prueba. Agregó que el traslado a dicha entidad no generó vicio alguno, pues lo efectuó desde otra AFP. Conforme a lo narrado en el escrito de demanda, la figura que aplicaría es la nulidad relativa, la cual es saneable, de lo que da cuenta la manifestación de voluntad del actor en permanecer en el RAIS al trasladarse varias veces al interior del mismo. Resaltó que el traslado pretendido no cumple los requisitos legales, sin que le sea aplicable la sentencia SU-062 de 2010. En todo caso, se encuentra prescrita la acción de nulidad, según los artículos 488 del CST y 1742 y 1750 del CC. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y genérica*. (Ver contestación en archivo 01 folios 457 a 470).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación a dicha AFP se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, las normas que regulan el traslado y los parámetros para *determinar* el valor de las mesadas sin crear falsas expectativas, con la posibilidad de aumentalas con aportes voluntarios y los rendimientos financieros. Resaltó que la actora tuvo 2 asesorías el mismo año, al punto que firmó un formulario el 4 de noviembre de 1998 y otro el 3 de diciembre siguiente. En consecuencia, es claro que suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación.

La demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, se efectuó el traslado de los aportes a la actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.* (Ver contestación en archivo 01 folios 537 a 575).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, igualmente contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, o el ejercicio de fuerza o dolo por parte de la AFP, como era su deber procesal; por el contrario lo que se evidencia es una mera inconformidad con la mesada pensional que obtendría, esto es, se limita a buscar un beneficio económico. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la

Sentencia SU-062 de 2010, máxime cuando realizó traslados entre diferentes administradora del RAIS. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de hecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.* (Ver contestación en archivo 02 folios 1 a 29).

Terminó la primera instancia con sentencia de 10 de agosto de 2022, mediante la cual la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante la señora MARÍA DEL ROSARIO LIÉVANO DE LA TORRE, del régimen de prima media de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. señalando como consecuencia la declaración que ningún efecto jurídico surtió traslado y por lo tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES por consecuencia declarar e igualmente sin validez alguna los traslado horizontales que se produjeron así COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROVENIR S.A., donde se encuentra actualmente vinculada la demandante a trasladar el saldo total de la cuenta de ahorro a Colpensiones incluyendo los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por gastos de administración, debiendo igualmente PROTECCIÓN S.A., y la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobraron a título de cuotas de administración y comisiones. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo. CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a los fondos demandados en oportunidad serán tasados.”* (Audiencia virtual del 10 de agosto de 2022 – ver archivo 19 Min. 27:53).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que si bien existe una extensa y pacífica jurisprudencia aplicable cuando se pide la ineficacia de la afiliación, ésta no puede aplicarse de manera *homogénea* a todos los casos, y en el presente se evidencia que el traslado a dicha entidad es válido y eficaz al haberse dado de manera libre, voluntaria y consciente, conforme a las normas vigentes para la época, tal

como se evidenció en el interrogatorio de parte a la actora. Así mismo, el deber de la aseguradora no es excusa para que la parte actora no hubiera cumplido su obligación de informarse sobre las implicaciones de su decisión y, por el contrario, hubiera permanecido en el RAIS por más de 20 años. Agregó que no procedía la condena a *devo/ver* los gastos de administración, pues dicha actividad fue la que dio origen a los rendimientos cuyo traslado también se ordena, lo cual contraría las restituciones mutuas y constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, máxime cuando esta entidad también estaba llamada a descontar dichos valores, los cuales no se encuentran destinados a financiar la prestación pensional. (Audiencia virtual del 10 de agosto de 2022 – ver archivo 19 Min. 29:54)¹.

¹ *“Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión de instancia solicitándole al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revocar en su integridad la presente decisión y en ese sentido se absuelva a la AFP PROVENIR S.A., de todas y cada una de las condenas contra ella impuestas todo ello de conformidad con las siguientes consideraciones, en primer lugar honorables magistrados vale la pena señalar que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra honorable corte suprema de justicia tan esta corporación indicado que el mismo no se podrá aplicar de manera homogénea todos aquellos procesos en donde se solicite bien nulidad de la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información que recae en cabezas de la AFP pues claramente debe haber similitud unas condiciones fácticas de cada caso situación que para mí representada no se da en el asunto que ahora nos ocupa, toda vez que el traslado de régimen pensional realizado por el aquí demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es simplemente válido y eficaz ya que el mismo se dio de manera voluntaria libre y consiente además de que la actora lo hizo de manera informada hecho que se desprende de interrogatorio de parte todo eso se dio de conformidad esa normatividad que se encontraba vigente para el año de 1996 en todo caso vale la pena aclarar ese deber de información a existido desde la misma creación de los fondos privados con expedición de la ley 100 de 1993 lo mismo es cierto ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial progresivo que con el recurso de los años así más exigente este deber de información por lo que se aclara que para la fecha en la que la demandante se trasladó de régimen pensional es decir para el año 96 solamente se exige a mi representada indaga los potenciales los afiliados una información necesaria y suficiente, pero no una información en los términos que primero fueron reclamados en la demanda así como fueron argumentados en el fallo de primera instancia así pues resulta procedente señalar que mi poderdante cumplió a cabalidad las obligaciones que le correspondían en materia de información teniendo entonces los parámetros que se encontraban establecidos por las normas que se encontraban vigentes para el año de 1996, año que la demandante se trasladó de (RAIS) a través de Porvenir por lo que se advierte que no sean vulnerados los derechos que le asisten pues si bien en su momento le asistieron a la actora más aun teniendo en cuenta que la misma ejerció su derecho de la libre elección de los términos señalados por la ley 100 del 93, ahora bien honorables magistrados vale la pena señalar que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por la actora solo*

implique la aceptación de las condiciones al régimen lo que pretendía su traslado y además que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que la misma tenía sobre los beneficios y además las consecuencias que acarrea su traslado del régimen pensional o a demás que este documento pues al momento no se ha considerado como un medio probatorio suficiente para acreditar la existencia de un consentimiento informado de la actora por cuanto pues de conformidad con las normas legales vigentes a la fecha en que la demandante efectuó este acto jurídico pues se tiene expresa disposición legal era a través de dicho formulario así la demandante se encontraban allí señaladas que los fondos privados podían cumplir o acreditar el deber de cumplimiento de esa información que recaía así pues se advierte con la documental que obra en el expediente, así como lo manifestado por la aquí demandante en el interrogatorio de partes se logra acreditar Porvenir S.A. cumplió con el deber de información vigente para la demandante se trasladó de régimen por lo que se puede concluir que no existen razones jurídicas o fácticas que con llevan declara la ineficacia del respectivo traslado ahora bien pues se advierte que el hecho que esta entidad administradora que represento del derecho tuviera algunas responsabilidades no es una excusa el aquí demandante por su cuenta no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría tanto el traslado de régimen pensional como la permanencia en este régimen por más de 20 año pues aún el hecho de haber sido una afiliada alega no la eximia de actuar con mediana diligencia que era un asunto tan importante como era su futuro pensional más aún si se tiene en cuenta que esta era la única conocedora de su particular y concreta como de sus pensionales que eran única que le permitían esa aún mejor la declaratoria de esta ineficacia de traslado situación que se aclara para mi representada o más bien se escapaba en el momento de mi representada de este fondo en el año de 1996, por otro lado lo que corresponde pues a lo que corresponda a la condena impuesta a mi representada de trasladar a Colpensiones los respectivos gastos de administración Porvenir se aparta muy respetuosamente de la misma toda vez que no resulta inequitativo con este fondo que represento, lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su actividad administradora durante el tiempo en la accionante estuvo afiliada a esta AFP diligencia fue precisamente el origen de los respectivos rendimientos que reposan en su cuenta de ahorro individual asimismo pues aclarar que como quiera fue la misma ley 100 la que concedió la posibilidad de los fondos de pensiones de destinar el total de los montos de los aportes realizados por los afiliado al sistema el 3% para cubrir los gasto de administración y por ser precisamente esta la remuneración que los fondos reciben por su correcta gestión entonces no podría ordenarse el ser el reintegro de los mismo ya para que exista una posibilidad y para que exista algún tipo de recompensación para mi representada estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones quien es el que se verá beneficiado con dicha situación pues además de tener que reintegrar los respectivos rendimientos financieros pues valga la pena señalar son superiores que se hubiesen generado en caso de que la demandante hubiese permanecido al régimen de prima media mi representada pues también está haciendo obligada a reintegrar las sumas que invirtió para poder manejar esos recurso dineros que como se indicó se advirtió anteriormente fueron invertidos por esta sociedad para poder garantizar la rentabilidad de los aportes que la afiliada realizo durante su permanencia en Porvenir así mismo pues vale la pena señalar no tiene ningún sentido y tampoco corresponde con las normas legales que gobiernan las recepciones mutuas que la persona la cual se otorga restituir o devolver un bien en este caso unas sumas que se encuentran depositadas en una cuenta, igualmente de devolver la sumas que invirtió para poder mantener bien ese bien inmueble incluso para incrementarlo el incumplimiento de mandatos que además se encontraba mi representada obligada acatar, asimismo o más bien finalmente señala que aunque cuando el accionante no se hubiese trasladado su régimen y que en o en caso de que no se hubiese permanecido de entrada al régimen de prima media se tiene que incluso un porcentaje de sus aportes también ese destinado tanto gastos de administración como seguros provisionales tal y como lo dispone el mismo artículo 20 de la

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada también pide que se revoque la decisión, por considerar que dicha entidad no debe ser obligada a recibir a la afiliada en virtud de la relatividad de los actos jurídicos pues, al margen de la decisión de ineficacia, no se puede ver perjudicada por ser una tercera ajena al traslado efectuado por la demandante quien, resaltó, indicó en interrogatorio de parte que se había trasladado por recomendación de la oficina de recursos humanos de su empleador. Adicionalmente, dicha decisión contraría del principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003 y al estar próxima al reconocimiento pensional, afectaría el derecho a la igualdad de los demás afiliados. En caso de no acoger lo anterior, pide se ordene a las AFP devolver los rendimientos, gastos de administración, las cuotas de seguros previsionales y las destinadas a la garantía de pensión mínima, así como el pago de los perjuicios económicos que acarree para la entidad, en virtud de la teoría del daño del derecho civil. (Audiencia virtual del 10 de agosto de 2022 – ver archivo 19 Min. 37:07)².

ley 100 del 93 por que se advierte que este porcentaje no se encuentra llamado a financiar la pensión de vejez de los afiliados en ningún de los regímenes pensionales en ese sentido entonces no puede pasarse por alto o desconocerse la gestión que porvenir realizo durante la afiliación de la actora a este fondo es por todo lo anterior que nuevamente de manera solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sacara revocar la presente decisión y en ese sentido absuelva para mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra muchas gracias.”.

² *“Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida con los siguientes argumentos solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por la juez de primera instancia en su totalidad toda vez que el ad-quo de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica Colpensiones es un tercero ajeno del acto jurídico celebrado entre el demandante y los fondo privados aquí demandados en razón a que todos el acto jurídico tienen interpartes por lo cual independientemente de la decisión tomada por la juez, respecto de la declaratoria o no de ineficacia de traslado mi representada no puede ver ni favorecida ni perjudicada con la misma como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver la decisión toma por la demandante máxime cuando en audiencia del 6 de julio en interrogatorio de parte rendido por la actora la misma manifestó que el traslado lo realizo por la recomendación de la oficina de recursos humanos para la empresa que trabajaba en el momento del traslado inicial por lo que solicito*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho

al honorable tribunal de Bogotá sala laboral que no se conde a mi presentada a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media pues con esta decisión consecuencia de la declaratoria de parte inasistencia o ineficacia de traslado se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la constitución política y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, pues en caso de esta condenada de tenerse en cuenta que el impacto en el PIB y en la reserva adicional que día tras día se está afectando de manera excesiva y preocupante en este tipo de procesos le solicito a la sal que estudie de manera juiciosa este escenario la AFP faltó a su deber legal al brindar deber de información no acarreo graves consecuencias con la posible declaratoria de inasistencia pero Colpensiones mi representada como se dijo en presidencia es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico en ese sentido y pues teniendo en cuenta que la demandante se encuentra próxima a cumplir con la edad de pensión se estaría afectando el derecho de igualdad frete a los demás afiliados del régimen de prima media que instruye en su mesada pensional mes a mes a través de sus cotizaciones e igualmente debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de traslado contemplado en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 que modifico el litera e del artículo 13 de 100 de 1993 por otro lado en caso tal que no se acojan los argumentos aquí expuesto pendientes a la hora de la revocatoria de la sentencia solicito se tenga o se ordene a las AFP aquí demandadas reglas la totalidad de cotizaciones que incluyen los recursos obrantes de la cuenta individual de la demandante cuotas abonadas al fondo de garantía de pensiones mínima rendimiento y anulaciones de bonos pensionales del ser el caso porcentaje del pago de seguros previsionales y gastos de administración en ultimas si se determina de otra posibilidad del retorno de la demandante del régimen de prima media solicito al honorable tribunal condena a las AFP que incumplieron con su deber profesional y legal de brindarle información a la afiliada, pague a mi representada los prejuicios económicos que ello genera para Colpensiones lo anterior en atención a que en virtud a la teoría del daño del derecho civil quien causa el daño es quien debe repáralo de esa manera sustento mi recurso de apelación reiterando al honorable tribunal se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas en primera instancia gracias.”.

al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 66,86 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 2 meses y 18 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 01 folios 5 y 189).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5, 6,}

³ Ver historia laboral actualizada de Colpensiones en el expediente administrativo - archivo 02.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse*

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro

del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el cumplimiento del deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la*

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que, en una reunión convocada por el área de recursos humanos de su empleador y por recomendación de ésta, aceptó trasladarse luego de que un asesor de PORVENIR le indicó que el ISS se iba a acabar, que tendrían mejor pensión y mejor servicio, que si no se trasladaban se quedarían sin pensión. Si bien realizó aportes voluntarios, ello se debió a recomendación del área de recursos humanos de su empleador y por indicación de que su dinero estaría más seguro allí. (Audiencia virtual del 6 de julio de 2022 – ver archivo 14 parte II Min. 15:29).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados al interior de éste. Adicionalmente, la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, así como a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO

BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta al recurso de apelación, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad que podrá obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para: **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

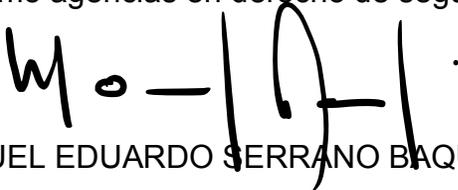


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD
SANITAS SAS CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL, EL CONSORCIO SAYP 2011 (integrado por
FIDUCIARIA LA PREVISORA FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A.)
Y LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS SAS \$70.918.399 por concepto de servicios y tratamientos médicos no incluidos en el POS, junto con los intereses moratorios que se generen desde la fecha de radicación de cada recobro hasta que se verifique su pago.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la EPS SANITAS S.A.S presentó demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, para que

mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene el pago de las 23 solicitudes de recobro por los procedimientos quirúrgicos denominados "*Cirugía Micrográfica de Mohs*" suministrados a favor de sus afiliados, entre el mes de junio del año 2007 y el mes de septiembre del año 2009. Afirma que dichas intervenciones no estaban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud POS de la época, y que su pago fue asumido integralmente con recursos propios de la EPS en virtud de órdenes de tutela o de autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico. Aduce que agotó el trámite administrativo frente a cada recobro y no se obtuvo el pago efectivo o la devolución de los dineros que canceló a las IPS por la prestación de dichos servicios, puesto que en estos casos se impuso la glosa "*el procedimiento reclamado no se encuentra incluido en el POS*". Adicionalmente, explicó que a partir del Acuerdo 008 de 2009 que entró en vigor a partir del 1° de enero de 2010, el procedimiento quirúrgico antes referido fue incluido dentro del POS bajo el código 864300 y la denominación "*CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS POR CORTE SOD*", situación de la cual se infiere que no estaba incluido en el POS para la época de la prestación de los servicios (años 2007, 2008 y 2009).

Pide el pago de: *i)* la suma de \$70.918.399, que corresponde a los valores que fueron cancelados a las IPS para la realización de los procedimientos quirúrgicos denominados *Cirugía Micrográfica de Mohs*; *ii)* la suma de \$7.091.839 a título de daño emergente y gastos administrativos, que equivalen al 10% de las sumas adeudadas, porcentaje que considera se debe aplicar por analogía de los gastos de administración dispuestos en la normatividad a cargo de las ARP; *iii)* los intereses moratorios establecidos en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002; y *iv)* que sobre las sumas reconocidas se aplique la indexación y/o corrección monetaria (ver folios 3 a 42, cuaderno digital No. 1, y adecuación de la demanda al proceso ordinario laboral en folios 1598 a 1624, cuaderno digital No 4, parte 2).

Mediante providencia dictada el 10 de mayo de 2017 por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se dirimió el conflicto

negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Veintidós (22) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá – Sección Tercera, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, y la Superintendencia Nacional de Salud, y se asignó el conocimiento de la demanda a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (ver cuaderno digital de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria).

Mediante providencia dictada el 3 de octubre de 2017, el Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demandante promovida por la EPS SANITAS en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el CONSORCIO SAYP 2011 integrado por las sociedades FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A. (ver folio 1661, cuaderno digital No. 4, parte 2).

El CONSORCIO SAYP 2011, integrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A., mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no tenía competencia para adelantar o realizar el trámite de auditoría sobre las cuentas que son objeto de demanda, ni es responsable de las actividades realizadas por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, anterior administrador fiduciario. Explicó que desempeñó sus funciones hasta el 31 de julio de 2017, fecha a partir de la cual fueron asumidas por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, conforme lo establecido en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y en los Decretos 1429 de 2016 y 546 de 2017. Propuso como excepciones las que denominó: *“falta de legitimación en la causa por pasiva del consorcio SAYP 2011 en liquidación por entrada en operación de ADRES; inexistencia de la obligación indemnizatoria ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del estado; inexistencia de responsabilidad solidaria del consorcio SAYP 2011, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014; imposibilidad jurídica; inexistencia del daño antijurídico; prescripción; y la innominada”* (ver folios 1668 a 1709, cuaderno digital No. 4, parte 2).

También contestó la demanda la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no tiene conocimiento del trámite de las solicitudes de recobro por prestación de servicios no POS para su pago ante FOSYGA, hoy ADRES. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: *“falta de legitimidad en la causa por pasiva, falta de integración de litisconsorcio necesario, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada”* (ver folios 1780 a 1792, cuaderno digital No. 4, parte 2).

Mediante providencia dictada en audiencia el 21 de agosto de 2018, el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario, y dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES” (ver acta de la audiencia a folio 1815, cuaderno digital No. 4, parte 2).

Mediante providencia dictada en audiencia el 11 de diciembre de 2018, el mismo Juez tuvo por no contestada la demanda por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, y rechazó el llamamiento en garantía solicitado por la misma entidad (ver llamamiento en garantía en folios 1854 y 1855, y providencia de 11 de diciembre de 2018 a folio 1858, cuaderno digital No. 4, parte 2).

Terminó la primera instancia con sentencia de 18 de noviembre de 2021, a través de la cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS SAS la suma de \$70.918.399 por concepto de servicios y tratamientos médicos no incluidos en el POS, junto con los intereses moratorios a la tasa de usura vigente a la fecha de pago.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES” a pagar a la demandante EPS SANITAS S.A., la suma de \$70.918.399 por concepto de servicios y tratamientos no incluidos en el POS, respecto de los recobros que se relacionan a continuación:

DATOS DEL RECOBRO		
No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Valor del recobro
21514492	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.920.965
22647123	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.624.046
42717258	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 1.590.771
42859205	HONORARIOS DE LA CIRUGÍA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.718.236
22441911	CIRUGIA DE MOHS	\$ 2.258.911
22500713	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.091.712
22500717	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.625.846
42424514	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.718.436
42424481	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.720.236
42424431	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.416.617
42424445	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.416.617
42424368	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.618.743
42424340	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 3.624.043
42424446	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 5.521.960
22807894	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.925.865
22811568	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.091.712
22811641	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MHS	\$ 7.249.592
22867040	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.925.865
22867289	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.908.965
43003529	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 1.534.834
42943671	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.001.855
42950019	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.700.036
42353691	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	\$ 2.712.536
Total:		\$ 70.918.399

De conformidad a la parte considerativa de la presente decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

“ADRES” a pagar a favor de la demandante EPS SANITAS S.A. , los intereses moratorios a la tasa de usura vigente a la fecha de pago determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo y a partir de la fecha de radicación de cada recobro del numeral PRIMERO del resuelve de esta sentencia, hasta que se verifique su pago de conformidad a la parte motiva. TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la pasiva, denominada PRESCRIPCIÓN, conforme la parte motiva de la presente demanda. CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por la pasiva LA NACIÓN –MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y de las llamadas como Litis Consorte Necesario: FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A. como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011, denominada FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, conforme la parte motiva de la presente demanda. QUINTO: ABSOLVER a la demandada LA NACIÓN –MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y de las llamadas como Litis Consorte Necesario: FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCOLDEX S.A. como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011 y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, de las demás suplicas incoadas por la parte actora. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada ADRES, tásense e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$7.000.000 de pesos. SEXTO: Contra la presente providencia, procede el RECURSO DE APELACIÓN. En caso de no ser apelada SURTASE el grado jurisdiccional de CONSULTA” (audiencia virtual No 2, celebrada el 18 de noviembre de 2021, minuto 46:06).

Para tomar su decisión, la juez de primera instancia acogió la interpretación plasmada en el dictamen pericial sobre prestación efectiva de los servicios y sobre la naturaleza NO POS del procedimiento, y advirtió que, si bien el perito en audiencia explicó que 3 de los recobros objeto de este proceso fueron reclamados en otros procesos judiciales, tal situación no se encontraba probada dentro del plenario. Negó el reconocimiento de los gastos administrativos pretendidos con fundamento en que la parte actora incumplió la carga de probar dichos gastos. Concluyó que no operó el término de

prescripción dispuesto en las reglas generales establecidas en el CST y en el CPT y SS; y dispuso el pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, debido a que las glosas impuestas por la entidad se encontraron infundadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de ADRES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que el juez laboral no tiene competencia para estudiar la controversia, y que el expediente debe ser trasladado al juez contencioso administrativo por ser el juez natural de la causa, en atención a la decisión proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 389 de 2021 por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

De todas formas, considera que no es procedente el pago de los recobros reclamados, ya que sobre estos se impusieron las glosas denominadas “*los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el FOSYGA*” pues los servicios médicos objeto de recobro estaban incluidos en el POS. Además, solicita que se revoque la condena a intereses moratorios, y que se declare la prescripción de los recobros reclamados, en atención al término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (4 meses) o de la acción de reparación directa (2 años), sin que se pueda aplicar el término de 3 años dispuesto en la norma laboral (audiencia virtual No 2, celebrada el 18 de noviembre de 2021, minuto 51:43)¹.

¹ “*Su señoría respetuosamente me permito interponer recurso de apelación al fallo proferido reiterando los argumentos expuestos ante la contestación de la demanda como los alegatos de conclusión si me lo permite a continuación sustento el recurso, claro que si doctor proceda primero pues la falta de jurisdicción y competencia si bien con antelación se había presentado un conflicto de competencia decidiendo que el juzgado 18 laboral es el competente para dirimir la presente controversia se presentó un hecho sobreviviente que se conoció hace pocas semanas de la decisión proferida en el auto 389 del 2021 proferido por la sala plena de la corte constitucional que dirimió el conflicto de jurisdicción entre un juzgado laboral de circuito y uno administrativo establecido como regla de decisión para controversias con similares condiciones a esa que existe falta de jurisdicción de los jueces laborales para reconocer los asuntos de recobros como es el que se debate en el caso particular por tanto se considera que en vez de emitir el fallo debatido, el expediente debió ser trasladado al juez contencioso administrativo por ser el juez natural para resolver el caso, dado la naturaleza pública de mi*”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la realización del procedimiento denominado *Cirugía Micrográfica de Mohs* por parte de la EPS SANITAS en favor de sus afiliados y/o beneficiarios, en cumplimiento de órdenes de tutela o por decisión del Comité Técnico Científico de la EPS, los cuales fueron objeto de recobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad.

representada, los actos administrativos que se discuten la decisión de mi representada en no organizar el pago oportuno el concepto de recobros y dado que la discusión como lo afirma la corte en el referido auto la financiación de servicios prestados puntualmente la sentencia respecto a la condena de pagos por conceptos de servicios de recobros, se cundiera que no era procedente la condena, toda vez que de conformidad con el documento nominado apoyo técnico consolida y resume las decisiones tomas de la administración frente a los recobros decisiones que generaron efectos jurídicos y que por lo tanto constituye actos administrativos que gozan de presunción de legalidad y que pues hasta la fecha no han sido debatidos no se ha roto esa presunción, se presenta las glosas mayoritarias 103 y 104 establecen que los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga cuestión que se traduce en que los servicios médicos recobrados ya están incluidos en el POS, por lo que se presentaron su pagos a través de las UPC por tanto era improcedente realzar el pago de tales recobros lo que justifica que agotamos tal procedimiento fueran rechazados por no cumplir los requisitos establecidos por la normatividad vigente, para el momento de la presentación de estos, respecto a la condena de interese moratorios también presentamos nuestro desacuerdo frente a la decisión de imponerlos teniendo en cuenta que no tiene una norma expresa que les imponga dicha obligación a mi representada como se señaló en el plenario la lectura del decreto 2089 del 2001, respetuosamente se considera equivocada toda vez que aplica conceptos diferentes de los mismo que establece por lo tanto no era aplicable al presente caso, es un disposición sancionatoria como los intereses es una disposición sancionatoria que fueron impuestos sin una interpretación respectiva como lo exige dicha figura y por lo tanto se vieron no contempladas, respecto a la no declararon de prescripción el fallo no aplico la figura de la prescripción de forma correcta teniendo en cuenta que la obligación esgrimida conforma lo establece un caso objeto o caso similar al precedente tribunal superior de Bogotá en sentencia 18 de junio del 2019 con radicado 2015 164 se indicó que pues se debía contabilizar el termino de prescripción a partir de la fecha o establecimiento de la obligación de pago o la fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del hecho siempre y cuando este se haya efectuado en el término máximo de un año a partir de la prestación o generación del servicio salud que genera el recobro momento en que no se considera empiece a contarse el termino prescriptivo es en virtud que el reclamo se surte única vez por los términos de la referida disipaciones, tampoco se tuvo en cuenta la sentencia del tribunal superior de Bogotá con expediente 2014 421 del 14 de noviembre del 2007, ni puntalmente y acá lo resalto el mismo auto 381 del 2021 de la corte constitucional que indica que estos proceso deben fundarse en la regla de lo contencioso administrativo por tanto se debe utilizar el término de la caducidad de la acción ya sea de la nulidad o restablecimiento del derecho que era de 4 meses o siendo lapsus el de reparación directa que es de 2 años, no el de 3 de años del norma laboral y respecto a las costas me opongo a su condena que no se probó que en el proceso mi representada actuó con la normatividad vigente relacionada en el tema de recobros por tanto no había lugar a una sentencia en su contra y a la imposición de costas de esa mera pues dejo plasmado el recurso de apelación y pues solicito al honorables tribunal modifique el fallo de esta instancia y en su lugar absuelva a mi representada muchas gracias su señoría”.

Tampoco se discutió el cumplimiento de algunos de los requisitos formales para la presentación de dichos recobros de conformidad con las normas que regulan este trámite (Decreto 1281 de 2002 y la Resolución 3099 de 2008).

Previo a resolver la instancia se debe advertir que, en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional cambió el criterio que venía aplicando la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para dirimir los conflictos de competencia que se venían presentando en materia de recobros por prestación de servicios médicos no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria laboral, concluyendo que la competencia judicial para conocer de estos asuntos se encuentra en cabeza de los jueces de lo contencioso administrativo (A-389 y A-777 ambos de 2021). No obstante, en este proceso ya fue definido el conflicto suscitado entre las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, por la autoridad que podía hacerlo en su momento. Ello obliga al Tribunal a desatar de fondo el asunto, lo que hará con el mismo criterio que expresó en el pasado para este tipo de procesos², atendiendo a: (i) la naturaleza de la tecnología de salud cuyo recobro se reclama y las causales de glosa que la entidad demandada impuso, a fin de determinar la procedencia de su pago con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, administrados por ADRES; y, (ii) las normas que regulan la prescripción en materia laboral y de la seguridad social, es decir, en aplicación de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, dado que no existe un término de prescripción especial para ejercer la acción judicial en estos casos.

En ese orden, y por razones de método, el Tribunal debe establecer si la tecnología en salud denominada *Cirugía Micrográfica de Mohs* se encuentra o no incluida en el ámbito del plan de beneficios financiado por la *Unidad de Pago por Capitación* (UPC), a fin de definir la procedencia del recobro que se

² Ver las sentencias proferida el 26 de marzo de 2021 dentro del proceso con radicado No. 07 2014 00513 01 y No. 37 2017 00581, y la sentencia proferida el 29 de julio de 2022, dentro del proceso con radicado 38 2019 00019 01.

reclama, teniendo en cuenta que en todas las cuentas objeto de recobro la entidad impuso la misma glosa denominada “[/]os valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga” para lo cual argumentó que la tecnología en salud recobrada sí se encontraba incluida en el POS para la fecha de prestación del servicio, conforme a s los archivos que contienen el apoyo técnico del trámite administrativo aportado por la ADRES (CD obrante a folio 1878).

Así las cosas, el Tribunal debe definir la procedencia de pago de las cuentas con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrados por ADRES, conforme a las normas vigentes que regulaban las tecnologías de salud incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS- y las NO POS para el momento de la prestación de las tecnologías en salud.

Para este efecto se debe recordar que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tienen el deber de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a favor de sus afiliados (artículo 162 de la Ley 100 de 1993), atendiendo a las normas y los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, y que para financiar dichas obligaciones reciben el valor estandarizado denominada *Unidad de Pago por Capitalización* (UPC), que la medida del costo de los servicios por persona y por año.

No obstante, en las normas y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han asignado a las EPS la prestación de servicios que no se encuentran incluidos en el Plan de beneficios de salud (NO POS), pues solo así se garantiza el derecho que tienen los pacientes a recibir un tratamiento médico integral e ininterrumpido. Cuando ello ocurre, bien pueden las EPS’s recobrar el valor de tales servicios adicionales para garantizar su sostenibilidad financiera, según lo ha dicho la Corte Constitucional (ver sentencias T-760 de 2008 y Auto 186-2018 de la Corte Constitucional, y el Decreto 1281 de 2002, la Resolución No. 3099 de 2008 y la Resolución 5395 de 2013).

Descendiendo al caso que plantea este expediente, el Tribunal se remitirá a la norma que regulaba el Plan Obligatorio de Salud en el momento en que la EPS prestó los servicios (es decir, entre el mes de julio del año 2007 y el mes de septiembre del año 2009), es decir, la Resolución 5261 de 1994, para establecer si el suministro de la *Cirugía Micrográfica de Mohs* se encuentra o no en el ámbito del plan de beneficios financiados por la UPC.

Dicha Resolución (5261 de 1994) estableció el manual de actividades, intervenciones y procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en el artículo 18 dispuso como “*exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud (...) i) [las] actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual*”.

En ese orden, y una vez revisada esta normatividad, se advierte que la *Cirugía Micrográfica de Mohs* no estaba incluida de forma **expresa** en el listado de intervenciones y procedimientos del POS aplicable para la época, pues su inclusión se hizo con la actualización que introdujo el Anexo 2 del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud, la cual entró en vigor a partir del 1° de enero de 2010 después del proceso de actualización integral de los planes de beneficios de salud que realizó la Comisión en Regulación en Salud a partir del año 2009, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008

Con base en la normatividad aplicable por estar vigente en la época de la prestación de los servicios objeto de recobro, la *Cirugía Micrográfica de Mohs* no hacía parte del POS y procede el recobro. Tal conclusión se corrobora con el Informe a la Comisión de Regulación en Salud – CRES, realizado en el mes de julio de 2009 denominado “*Documento para la garantía y protección del derecho a la salud de los colombianos. Actualización integral de los Planes*”

Obligatorios de Salud”, en el cual se enlista como procedimientos calificado NO POS que tiene frecuencia de uso³.

Además en el dictamen pericial decretado de oficio por el juez de primera instancia y realizado por la consultora AGS COLOMBIA, en el cual participaron 3 peritos (médico, jurídico y auditor) se llegó a la misma conclusión, al advertir que la tecnología en salud se suministró en vigencia de la Resolución 5261 de 1994 y que ésta *“NO SE ENCUENTRA DESCRITA EXPLICITAMENTE en ninguno de los anexos técnicos por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES”* (ver dictamen pericial en el CD obrante a folio 1980 del expediente). Dicha prueba es pertinente y útil, pues verificó hechos que interesan al proceso y que requerían de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, fue elaborada por peritos expertos con conocimientos médicos y jurídicos en la materia⁴, se expidió atendiendo las normas que se encontraban vigentes para el momento en el cual se prestaron los servicios médicos, y analizó en cada uno de los casos el diagnóstico de los pacientes, las razones por las cuales procedía el suministro de la tecnología en salud prescrita, la existencia de orden de tutela o autorización del Comité Técnico Científico que permitió el suministro del servicio médico, y como se indicó, expresó claramente las razones que llevaron a concluir que el procedimiento no estaba incluido en la norma que regulaba el POS para la época.

Además, cabe advertir la mayoría de los fallos de tutela que sirvieron de base para la prestación de las tecnologías en salud objeto de recobro, se hizo referencia al derecho que tiene la EPS de exigir el recobro o repetir ante FOSYGA por los gastos en los que incurra para dar cumplimiento a la decisión

³ Ver documento en el siguiente link: [Microsoft Word - Anexo tecnico.docx \(mauricio-romero.com\)](#)

⁴ Con el dictamen se aportó cuaderno del perfil profesional de los peritos y los soportes de los estudios. Como peritos se presentó Fernando Quintero Bohorquez como médico con especialización en Gerencia médica, Administración de Instituciones de Salud y Auditoría de Servicios de Salud, Eduardo Baquero Méndez, médico cirujano especialista en Administración en Salud con énfasis en Seguridad Social, y Sandra Milena Betancourt Rodríguez, abogada experta en auditoría de cobros.

de tutela (ver por ejemplo las sentencias obrantes en el cuaderno No 2, páginas 137, 180 y 239, y en el cuaderno No. 3, páginas 114, 134, 190 y 212).

Para abundar en razones se advierte que la demandada ADRES no llamó a rendir declaración al auditor que en su momento impuso la glosa sobre los recobros, ni presentó un dictamen pericial que pudiese sostener una tesis jurídica y/o médica contraria.

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso el reconocimiento y pago de los 23 ítems objeto de recobro en el presente proceso, por el procedimiento denominado *Cirugía Micrográfica de Mohs*.

También se confirmará en cuanto concluyó que el valor total que adeuda ADRES a la EPS SANITAS asciende a la suma de \$70.918.399, pues sobre ninguno de los recobros objeto de reclamación operó la prescripción de la acción.

Sobre la materia, se debe recordar que los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS regulan la excepción de prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales, cuando han transcurrido más de 3 años desde que se hicieron exigibles, lo que en materia de recobros ocurre en el momento en el cual se presta el servicio médico.

Según el artículo 489 del CST el término de prescripción se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del derecho o prestación, que tratándose de los recobros por servicios de salud ocurre cuando la EPS radica los formularios MYT01 y MYT02 ante la ADRES (antes FOSYGA).

Con este razonamiento, encuentra el Tribunal que la EPS interrumpió el término trienal con la radicación de los formularios MYT01⁵ y MYT02⁶, término que estuvo *suspendido* hasta el momento en el cual se agotó el trámite administrativo de recobro, es decir, hasta cuando la entidad ratificó la glosa impuesta, después de presentar objeción a través del formulario MYT04⁷, y desde ese momento empezó a correr nuevamente por 3 años adicionales durante los cuales la EPS debía presentar la demanda, lo que hizo el 12 de enero de 2012 (ver cuaderno No 1, página 46).

A modo de ilustración se anexa la siguiente tabla:

DATOS DE LOS RECOBROS						
No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Fecha prestación servicio	Fecha radicación recobro	Fecha ratificación glosa	Fecha radicación demanda	Valor del recobro
21514492	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/02/2008	9/09/2008	14/10/2009	12/01/2012	\$ 2.920.965
22647123	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/07/2008	14/09/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.624.046
42717258	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	8/10/2008	15/09/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 1.590.771
42859205	HONORARIOS DE LA CIRUGÍA MICROGRAFICA DE MOHS	8/08/2009	14/10/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.718.236
22441911	CIRUGIA DE MOHS	19/01/2008	8/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.258.911
22500713	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/01/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.091.712
22500717	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	23/02/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.625.846
42424514	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	5/08/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.718.436
42424481	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	6/08/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.720.236
42424431	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/09/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.416.617
42424445	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/08/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.416.617
42424368	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.618.743
42424340	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 3.624.043
42424446	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/08/2008	15/07/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 5.521.960
22807894	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	5/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.925.865
22811568	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/07/2007	6/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.091.712
22811641	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	6/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 7.249.592
22867040	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/04/2008	17/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.925.865
22867289	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	9/05/2008	17/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 2.908.965
43003529	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/06/2008	9/11/2009	12/05/2010	12/01/2012	\$ 1.534.834
42943671	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	24/08/2009	3/11/2009	28/05/2010	12/01/2012	\$ 2.001.855
42950019	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	14/09/2009	4/11/2009	28/05/2010	12/01/2012	\$ 2.700.036
42353691	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	11/03/2009	10/07/2009	28/05/2010	12/01/2012	\$ 2.712.536
	Total:					\$ 70.918.399

No obstante, se modificará condena impuesta en primera instancia al pago de intereses moratorios.

⁵ Formato solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios o prestaciones de salud No. POS-CTC. En este formato se presentan los servicios NO POS autorizados por el Comité Técnico Científico.

⁶ Formato solicitud de recobro por concepto de fallos de tutela. En este formato se presentan los recobros por servicios ordenados por un juez.

⁷ Formato objeción a la auditoría realizada.

Para este efecto, el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 dispuso el pago de intereses moratorios a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuando se presente un incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos del sector salud, y el artículo 7 estableció que *“en el evento en el que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de la presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro”* siempre y cuando dichas facturas, reclamaciones o cuentas de cobro se presenten **“a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas”**.

Con esta premisa y dado que las glosas que impuso la entidad para negar el pago de los recobros reclamados se encuentran infundadas, el Tribunal modificará la decisión dictada en primera instancia en esta materia, pues procedían intereses moratorios solamente sobre los 4 recobros que fueron objeto de reclamación presentada de forma oportuna dentro del término de 6 meses. Los restantes se presentaron trascurrido dicho lapso.

A continuación, y a modo de ilustración, se presentan los recobros sobre los que procede el pago de intereses moratorios.

No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Fecha prestación servicio	Fecha radicación recobro
42859205	HONORARIOS DE LA CIRUGÍA MICROGRAFICA DE MOHS	8/08/2009	14/10/2009
42943671	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	24/08/2009	3/11/2009
42950019	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	14/09/2009	4/11/2009
42353691	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	11/03/2009	10/07/2009

En los demás casos, la ADRES deberá pagar los valores adeudados de forma indexada, por ser esta la forma en que se traen a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado.

Para el efecto se debe aplicar la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la EPS demandante, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que cobre ejecutoria la sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Lo anterior, conforme la siguiente tabla:

No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Fecha prestación servicio	Fecha radicación recobro
21514492	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/02/2008	9/09/2008
22647123	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/07/2008	14/09/2009
42717258	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	8/10/2008	15/09/2009
22441911	CIRUGIA DE MOHS	19/01/2008	8/07/2009
22500713	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/01/2008	15/07/2009
22500717	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	23/02/2008	15/07/2009
42424514	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	5/08/2008	15/07/2009
42424481	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	6/08/2008	15/07/2009
42424431	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/09/2008	15/07/2009
42424445	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/08/2008	15/07/2009

42424368	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009
42424340	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009
42424446	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/08/2008	15/07/2009
22807894	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	5/11/2009
22811568	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/07/2007	6/11/2009
22811641	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	6/11/2009
22867040	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/04/2008	17/11/2009
22867289	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	9/05/2008	17/11/2009
43003529	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/06/2008	9/11/2009

Sin condena en COSTAS de la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto dispuso el pago de intereses moratorios sobre la totalidad de los recobros, para en su lugar: **(i) CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 4 del decreto

1281 de 2002 a partir de la fecha en la cual se reclamó el pago, sobre los siguientes recobros:

No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Fecha prestación servicio	Fecha radicación recobro
42859205	HONORARIOS DE LA CIRUGÍA MICROGRAFICA DE MOHS	8/08/2009	14/10/2009
42943671	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	24/08/2009	3/11/2009
42950019	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	14/09/2009	4/11/2009
42353691	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	11/03/2009	10/07/2009

2. CONDENAR a ADRES a pagar debidamente indexados los recobros restantes, conforme a lo establecido en la parte motiva de la sentencia y la siguiente tabla:

No. radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del servicio entregado	Fecha prestación servicio	Fecha radicación recobro
21514492	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/02/2008	9/09/2008
22647123	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/07/2008	14/09/2009
42717258	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	8/10/2008	15/09/2009
22441911	CIRUGIA DE MOHS	19/01/2008	8/07/2009
22500713	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	26/01/2008	15/07/2009
22500717	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	23/02/2008	15/07/2009
42424514	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	5/08/2008	15/07/2009
42424481	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	6/08/2008	15/07/2009
42424431	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/09/2008	15/07/2009
42424445	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/08/2008	15/07/2009

42424368	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009
42424340	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	20/10/2008	15/07/2009
42424446	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	2/08/2008	15/07/2009
22807894	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	5/11/2009
22811568	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/07/2007	6/11/2009
22811641	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	30/04/2008	6/11/2009
22867040	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	12/04/2008	17/11/2009
22867289	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	9/05/2008	17/11/2009
43003529	CIRUGIA MICROGRAFICA DE MOHS	28/06/2008	9/11/2009

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

Salvo voto



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

ACLARO VOTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDUARDO CUBIDES CORONADO
CONTRA INCOLBEST S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2022 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual ABSOLVIÓ a las demandadas del pago de cotizaciones por alto riesgo, y de la reliquidación y pago de retroactivo de una pensión vejez de alto riesgo.

Téngase al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán, abogado inscrito a World Legal Corporation S.A.S, y a Javier Ramiro Castellanos Sanabria, quienes se identifican con T.P. 86.117 y 237.954, para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EDUARDO CUBIDES CORONADO presentó demanda contra INCOLBEST S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que es beneficiario del régimen de

transición de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 2090 de 2003, y, en consecuencia, se condene a INCOLBEST S.A. a pagar las cotizaciones por alto riesgo del 21 de febrero de 1991 a noviembre de 2003, y a COLPENSIONES a reconocer la pensión de alto riesgo con una tasa de reemplazo del 90%, a partir del 24 de septiembre de 2015, con intereses moratorios e indexación. Como fundamento de lo pretendido, afirma que nació el 24 de septiembre de 1965, inició sus cotizaciones el 3 de octubre de 1983, y a partir del 22 de febrero de 1991 empezó a trabajar para INCOLBEST S.A. en el cargo de *operario de producción* en el cual estuvo expuesto durante toda la relación laboral a *asbesto crisolito*. Por lo anterior, le fue reconocida pensión de vejez por alto riesgo mediante la Resolución GNR del 4 de octubre de 2016, con base en 1575 semanas de cotización, decisión que fue objeto de recursos, resueltos en su contra. El 21 de octubre de 2019 presentó "*recurso de reposición solicitando reliquidación*", que fu negado por la demandada, decisión confirmada al resolver otros recursos interpuestos. INCOLBEST S.A. certificó que estuvo expuesto a alto riesgo desde febrero de 1991, pero su historia laboral evidencia cotizaciones de este tipo sólo desde noviembre de 2003, "*lo cual traduce*" que sólo se *reconocieron* 659,99 semanas de cotización por alto riesgo cuando debieron ser más de 1100, lo que daría lugar a aplicar el Decreto 1281 de 1994, en lugar del Decreto 2090 de 2003, y podría haberse pensionado a partir de los 50 años y no a partir de los 51. (Ver demanda en carpetas 01 y 04 folios 1 a 13).

INCOLBEST S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que pagó todos los aportes en los porcentajes previstos en la normatividad aplicable a partir de la expedición del Decreto 2090 de 2003, teniendo en cuenta que el trabajador realizó laboró para dicha empresa entre el 21 de febrero de 1991 y el 21 de noviembre de 2016, prestando servicios en el centro de trabajo denominado *Planta de Fricción Fontibón* en el cual se manipulan fibras de *asbesto crisotilo*, hasta el 5 de julio de 2011, fecha a partir de la cual fue reubicado como *ayudante de almacén* en el centro de trabajo denominado *Cadena de Suministro*. En todo caso, el pago de los aportes reclamados está sujeto a prescripción, pues su

imprescriptibilidad únicamente puede ser aducida cuando son *necesarios* para el reconocimiento pensional, esto es, cuando no se ha causado o se encuentre *en formación* el derecho. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción*. (Ver contestación en carpeta 06 folios 1 a 15).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que no el demandante no cumple los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni los señalados en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, por lo que no hay lugar a la reliquidación solicitada. Afirma que los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, pues se calculó la prestación teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas, incluyendo más de 940 semanas adicionales de cotización especial que dieron lugar al reconocimiento pensional a partir de los 51 años. Aduce que para el estudio pensional, la entidad tuvo en cuenta como aportes en mora, los periodos de junio de 1994 a julio de 2003, en los que INCOLBEST S.A. omitió cancelar el porcentaje adicional de la cotización, para salvaguardar los derechos fundamentales del asegurado. No procede condena alguna y, en consecuencia, no hay sumas qué indexar, condena que, en todo caso, no procede de manera concomitante con los intereses moratorios, los cuales sólo se causan por el retardo en el pago de *mesadas*. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y compensación* (ver contestación en carpeta 08 folios 1 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia de 21 de junio de 2022, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas. Para tomar la decisión, encontró

acreditadas las labores del actor en actividades de alto riesgo entre el 21 de febrero de 1991 y el 21 de noviembre de 2016, según certificación expedida por INCOLBEST S.A., sociedad que además acreditó el pago de los aportes adicionales de enero de 1995 a febrero de 2002 y a partir de agosto de 2003 hasta la finalización del vínculo; no obstante, no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Así mismo, si bien le es aplicable el Decreto 1281 de 1994 por cumplir los requisitos señalados en el régimen de transición contenido en el Decreto 2090 de 2003, efectuados los cálculos correspondientes la mesada pensional obtenida sería ligeramente inferior a la ya reconocida por COLPENSIONES. De otro lado, pese a que consideró que el derecho pensional se había causado desde el 24 de septiembre de 2015, al haber continuado cotizando la inclusión en nómina procedía desde su desvinculación, tal como fue reconocido por la administradora de pensiones, por lo que no había lugar a condena alguna. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES e INCOLBEST S.A. de todas las pretensiones incoadas EDUARDO CUBIDES CORONADO. SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante a favor de la demandada. TERCER: En caso de no ser apelada la presente sentencia, se ordena se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA de la misma a favor del demandante, y se disponga el envío del proceso al H. Tribunal Superior para que proceda a revisar la misma.”* (Audiencia virtual del 21 de junio de 2022 Min. 16:19).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte demandante manifiesta inconformidad afirmando que no se debió tomar como *tasa de reemplazo del 72%*, sino un 82% en aplicación de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, o *incluso un 90% al haberse dado aplicación a la Ley 1281 de 1994, anexa al Decreto 758 de 1990*. Así mismo, considera que la prestación se debió reconocer desde julio de 2016, cuando se realizó la solicitud, y sólo fue reconocida a partir de octubre

de dicha anualidad pues continuó cotizando por un *error* de la entidad, ya que habría tenido derecho a la pensión desde los 50 años, “*tal como estaba establecido en septiembre, el 24 de septiembre del 2015*”. (Audiencia virtual del 21 de junio de 2022 Min. 16:58)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido objeto de apelación, los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que EDUARDO CUBIDES CORONADO nació el 24 de septiembre de 1965; (ii) que trabajó para INCOLBEST S.A. entre el 21 de febrero de 1991 y el 21 de noviembre de 2016, en el cargo de *operario* en la Planta de Fricción y posteriormente como *ayudante de almacén* en el centro Cadena de Suministros; (iii) que INCOLBEST S.A. pagó las cotizaciones adicionales de alto riesgo a partir de agosto de 2003, así como los aportes en mora de enero de 1995 a febrero de 2002; y (iv) que el actor cotizó 1584,57 semanas en total (ver carpetas 01 y 04 folios 32 a 84, carpeta 06 folios 31 a 214, 51 a 137, 139 a 264, 274 a 279 y 283 a 344, y carpeta 11 folios 4 a 89).

COLPENSIONES, mediante la Resolución GNR 293307 del 4 de octubre de 2016, reconoció a favor del demandante pensión de vejez de alto riesgo a partir del 1º de octubre de 2016, en cuantía inicial de \$879.575, al aplicar una tasa

¹ “*Muy buenas tardes y con el debido respeto, su señoría, me permito presentar apelación de esta decisión ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, en los siguientes términos: Primero, su señoría, totalmente de acuerdo (sic) con la tasa de reemplazo del 72%, porque si bien no se tuvo en cuenta las semanas de más para hacer la liquidación, toda vez en el Decreto 1281 que usted mismo le acaba de reconocer, sólo necesitaban mil semanas generales para lograr la pensión de alto riesgo, siendo las otras favorables incluyendo, si se hace con la ley 100 del 93 y con el 1,5% adicional, tendría una tasa de reemplazo hasta el 82%, el cual pues usted no lo tuvo en cuenta. Dos: el principio de favorabilidad en cuanto digamos se tiene en cuenta una Ley que estaba anexa al Decreto 758 de 1990, le hubiera permitido a mi poderdante tener una reliquidación hasta el 90%, entonces vemos con extrañeza que el despacho pues reconoce la prestación en la 1281, pero no accede a la reliquidación. Dos (sic): la prestación se dio incluso si no se le reconoció en septiembre se le debió haber reconocido desde julio del 2016, cuando el señor EDUARDO CUBIDES realizo la primer... la petición de la pretensión, máxime cuando esta fue reconocida hasta octubre de ese año. Ahora, él siguió cotizando por un error de la entidad, porque él hubiera tenido el derecho a la pensión a los 50 años, tal como estaba establecido en septiembre, el 24 de septiembre del 2015. Entonces, su señoría, en esos términos presento mi recurso de apelación muchas gracias.*”.

de remplazo del 72,12% al IBL de \$1.219.599 para dicha anualidad, con fundamento en el Decreto 2090 de 2003, decisión confirmada mediante Resoluciones GNR 378488 del 13 de diciembre de 2016 y VPB 5182 del 7 de febrero de 2017, SUB 137285 del 26 de junio de 2020, y cuya reliquidación fue negada en Resoluciones 43300 del 15 de febrero de 2020, SUB 137285 del 26 de junio de 2020 y SPE 9497 del 10 de julio de 2020

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si procede la modificación del monto (taza de remplazo) con el cual se liquidó la pensión de alto riesgo del actor; y (ii) si hay lugar al reconocimiento del retroactivo desde cuando se reclamó la prestación.

(i) PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO: Para establecer la norma que regula la pensión de vejez especial por alto riesgo que el actor disfruta, se debe advertir que, por elementales reglas de hermenéutica, las normas que aplican a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho. En materia pensional, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al Sistema.

No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas, o lo que es lo mismo, para darle relevancia o sanción jurídica a las expectativas pensionales que tenían algunos trabajadores.

Esto fue lo que ocurrió al entrar en vigencia el Decreto 1281 de 1994 que regula las pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo, cuyo artículo 8 dispuso un régimen de transición normativa que conservó las reglas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990² sobre edad, tiempo de servicios, y

² "ARTICULO 8o. REGIMEN DE TRANSICION PARA ACCEDER A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto

monto o porcentaje de la pensión, para los hombres que en la fecha de su entrada en vigencia (22 de junio de 1994) tuviesen 40 años de edad o 15 años de servicios cotizados.

Posteriormente, el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 dispuso un régimen de transición frente al régimen anterior, para mantener la vigencia de algunas de las condiciones pensionales especiales previstas en Decreto 1281 de 1994, para quienes tuvieran 500 semanas de cotización especial para la fecha de su entrada en vigencia, entendidas éstas como las cotizadas en el ejercicio de cualquier actividad “*calificada jurídicamente como de alto riesgo*”³ y “*una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión*”. En su parágrafo estableció además que quienes se encuentren cubiertos por dicho régimen de transición, para poder *ejercer los derechos* establecidos en dicho decreto debían acreditar los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, debían acreditar

tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio delo devengado en los dos (2) últimos años.

Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido le régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado”.

³ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-922 del 29 de agosto de 2007: “(...) en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo <y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994>”

que eran beneficiarios del régimen de transición general contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, para obtener una decisión favorable a sus aspiraciones, el demandante debió demostrar en el expediente que era beneficiario del régimen de transición del Decreto 1281 de 1994 por tener para la fecha de su entrada en vigencia 40 años de edad o 15 años de servicios cotizados, y que era beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 por tener 500 semanas de cotización especial para la fecha de su entrada en vigencia, entendidas éstas como las cotizadas en el ejercicio de cualquier actividad *“calificada jurídicamente como de alto riesgo”*.

Sobre lo primero, la evidencia acredita que para el 23 de junio de 1994 -fecha de entrada en vigor del Decreto 1281 de 1994- el demandante solo tenía 28 años de edad pues nació el 24 de septiembre de 1965 (ver carpeta 08 folios 274 a 279), y había cotizado 437,72 semanas de servicios que equivalen a 8 años, 6 meses y 4 días (*ibídem* folios 51 a 64). En consecuencia y pese a que se acreditaron actividades de alto riesgo con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 1281 de 1994⁴, no se pudo causar la pensión especial con base en lo previsto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, pues al demandante no le resulta aplicable el régimen de transición dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994.

⁴ Pese a que no existe controversia sobre labor en actividades que implicaban exposición a *sustancias cancerígenas* catalogadas como de alto riesgo por las normas que regulan la materia (Decreto 758 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003), lo que se deduce de la certificación de *alto riesgo* emitida por INCOLBEST S.A. el 9 de junio de 2016, en la cual se consigna que en todos los cargos desempeñados por el demandante é estuvo expuesto al material de alto riesgo *ASBESTO CRISOTILO*, indicando los roles o funciones desempeñadas y cómo en cada uno de estos se presentó exposición a dicha sustancia cancerígena (mezclado, horneado, perforado, entre otras – carpeta 01 y 04 folio 31 y carpeta 08 folios 89 y 90), situación que también fue reconocida por COLPENSIONES en cada uno de los actos administrativos en que estudió el reconocimiento pensional y su reliquidación, en que se refiere que durante la relación laboral el trabajador estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas (capetas 01 y 04 folios 32 a 58).

Así mismo, se debe advertir que si bien el demandante acreditó más de 500 semanas de cotización en el ejercicio de actividades de alto riesgo antes del 28 de julio de 2003⁵ fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tampoco sería beneficiario del régimen de transición dispuesto en este último decreto, pues no demostró el cumplimiento de los requisitos generales establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Según la evidencia allegada al expediente, para el 1° de abril de 1994 el demandante tenía 28 años de edad y 425,29 semanas de cotización (8 años, 3 meses y 7 días).

Por todo lo dicho, la pensión reclamada por el demandante se regula por la norma vigente en el momento en que consolido el derecho, esto es, el Decreto Ley 2090 de 2003, cuyo artículo 7° dispone la aplicación de *“las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios”*, en todo lo allí no previsto.

En respuesta a los argumentos contenidos en los alegatos presentados por la parte actora ante esta instancia, se reitera que el Acuerdo 049 de 1990 únicamente resulta aplicable cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición establecido en el Decreto 1281 de 1994, lo cual no se cumplió, y el régimen de transición contenido en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 cubre *las condiciones establecidas* en la norma inmediatamente anterior, esto es, en el ya referido Decreto 1281 de 1994.

Además resulta claro que tanto dicha norma como la aplicable en el presente asunto -Decreto Ley 2090 de 2003-, remiten a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 a efecto de terminar el *monto* pensional, la primera por

⁵ Contaba con 644 semanas, según certificación emitida por la empleadora INCOLBEST S.A., en la que se advierte que desde su vinculación a dicha sociedad el 21 de febrero de 1991 se encuentra expuesto a *polvo de asbesto tipo crisotilo* (carpeta 01 y 04 folio 31 y carpeta 08 folios 89 y 90), sustancia comprobadamente cancerígena, lo cual también fue reconocido en los actos administrativos emitidos por COLPENSIONES (capetas 01 y 04 folios 32 a 58)

remisión expresa del artículo 6^o, y la segunda por aplicación del régimen general ante lo no previsto allí según lo dispone su artículo 7^o, por lo que en todo caso, no existiría discusión respecto de la norma aplicable a fin de determinar la tasa de reemplazo de la pensión por alto riesgo del demandante.

Con este soporte normativo y una vez estudiadas las pruebas del expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en cuanto negó la reliquidación del derecho pensional del demandante, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003⁸, y efectuados los cálculos correspondientes el

⁶ Decreto 1281 de 1994: "ARTICULO 6o. MONTO DE LA PENSION ESPECIAL. El monto de la pensión especial en el régimen de prima media con prestación definida será el que se determina en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Para el régimen de ahorro individual con solidaridad será el que arroje la cuenta de ahorro pensional del afiliado, en los términos del artículo 64 de la misma ley."

⁷ Decreto 2090 de 2003: "ARTÍCULO 7o. NORMAS APLICABLES. *En lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.*"

⁸ Ley 100 de 1993: "ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. < modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003> *El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

r = 65.50 - 0.50 s, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

monto o tasa de reemplazo de su pensión es del 72,12%, idéntico al reconocido por COLPENSIONES en los respectivos actos administrativos.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

	CÁLCULO TRIBUNAL	RECONOCIDO COLPENSIONES
SEMANAS COTIZADAS	1584,57	1584,57
IBL	\$1.219.599	\$1.219.599
PORCENTAJE INGRESO DE LIQUIDACIÓN (Según fórmula: $R = 65,50 - 0,50 * S$)	64,62%	-
INCREMENTO PORCENTAJE BASE LIQUIDACIÓN (1,5% adicional por cada 50 semanas adicionales a mínimas requeridas)	7,5%	-
MONTO TOTAL	72,12%	72,12%

Se debe advertir que no existió controversia acerca del IBL determinado por COLPENSIONES en los actos administrativos de reconocimiento pensional (capetas 01 y 04 folios 32 a 58), así como tampoco respecto del número de semanas cotizadas por el actor, según su historia laboral (carpeta 08 folios 51 a 64).

(ii) RETROACTIVO PENSIONAL. Para resolver si procede o no el reconocimiento del retroactivo pensional que negó la sentencia de primera instancia, y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues el ordenamiento jurídico exige, para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones. Solo cuando ocurre dicho retiro se podrá entender renunciado el derecho que otorgan las normas legales a los afiliados de incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo necesario para acceder al derecho (artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990).

La voluntad de retiro del Sistema se puede manifestar de forma expresa cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender

tácitamente expresada cuando el afiliado que ya cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, dejó de efectuar aportes al Sistema, o cuando con los requisitos cumplidos elevó la reclamación de su pensión a la entidad pagadora de pensiones, pues en ambas situaciones se puede entender razonablemente su renuncia al derecho que protege la norma, consistente –se repite– en obtener aumentos en su pensión por cotizaciones adicionales a las mínimas que exige la Ley.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la decisión dictada en primera instancia en cuanto negó el pago de la prestación a partir de la reclamación de la pensión -20 de junio de 2016 (carpetas 01 y 04 folios 32 a 58)-, pues en primer lugar y contrario a lo señalado en la apelación, el demandante completó los requisitos generales de acceso a la prestación el 24 de septiembre de 2016, tal como lo definió COLPENSIONES, y en segundo lugar, no se demostró en el expediente que antes hubiera ocurrido una desafiliación expresa o tácita por el reclamo de su derecho pensional, por el contrario, resulta claro de las pruebas aportadas, que el demandante continuó cotizando de manera continua e ininterrumpida al sistema pensional con posterioridad a la petición o solicitud de reconocimiento de su pensión elevada ante COLPENSIONES (carpeta 08 folios 51 a 64).

De conformidad con lo señalado en el artículo 4° del Decreto 2090 de 2003 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el actor tendría derecho a la pensión especial de vejez por alto riesgo una vez cumplidos los 55 de edad, a los cuales se restaría 1 año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas -1300 a partir del año 2015-. De acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones aportado por COLPENSIONES -actualizada al 13 de septiembre de 2021- (carpeta 08 folios 51 a 64), el demandante cotizó un total de 1584, 57 semanas, esto es, 284,57 semanas adicionales a las mínimas requeridas, conforme a las cuales se disminuye la edad pensional en 4 años, por lo que alcanzó dicho requisito el 24 de septiembre de 2016, fecha en que cumplió la edad y contaba con la densidad de semanas necesaria. Así mismo, se advierte

en dicho reporte, que la última cotización corresponde al periodo 2016-10 no se tuvo en cuenta pues la prestación fue reconocida a partir del 1º de octubre de 2016, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución GNR 293307 del 4 de octubre de 2016.

Además, y según documental allegada por la demandada INCOLBEST S.A., el demandante estuvo vinculado hasta el 21 de noviembre de 2016 (carpeta 06 folio 35), fecha para la cual ya se encontraba recibiendo la pensión. En esa orientación, resulta claro que para la fecha en que solicitó el reconocimiento pensional -20 de junio de 2016- además de NO tener los requisitos cumplidos -cumplió la edad el 24 de septiembre de 2016-, tampoco se había registrado la novedad de retiro y continuaba cotizando a pensión, de lo cual no podría colegirse una voluntad de retiro del sistema. El reconocimiento se efectuó a partir del 1º de octubre de 2016, esto es, tan sólo 7 días después de que el demandante adquirió el status pensional -24 de septiembre de 2016.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

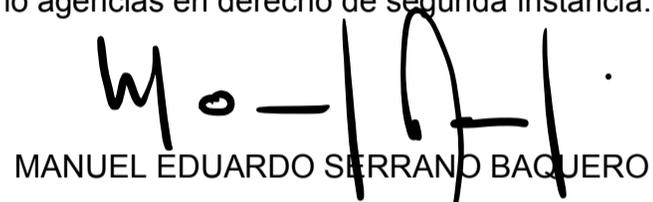


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE PATRICIA CASTRO RAMIREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2022 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PATRICIA CASTRO RAMÍREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de primera media al régimen de ahorro individual efectuado mediante la afiliación a PROTECCIÓN S.A., por existir *engaño y asalto* a su buena fe, e *inducción al error* por parte de los

asesores de las administradoras del RAIS. En consecuencia, pide que se condene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, se ordene a las demandadas *volver a la situación inicial antes de dicho traslado*, y se condene a PROTECCIÓN a reconocer y pagar *los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado*, hasta que se devuelvan los aportes al régimen de prima media, debidamente actualizados conforme las certificaciones expedidas por el DANE (ver demanda carpeta No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda, las demandadas la contestaron a través de apoderado judicial.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones con fundamento en que hay un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, tal como se verifica del formulario de vinculación suscrito por la demandante de forma libre y espontánea, lo cual constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al RAIS. Asegura que la actora no fue engañada por la AFP pues no era posible para el año 1994 predecir el valor de la mesada pensional que le correspondería pues le faltaban varios años de cotización y de edad para alcanzar una pensión de vejez, aunado a que en el régimen de ahorro individual la prestación está ligada a situaciones económicas o financieras y cambios normativos. Advierte que la nulidad no puede fundamentarse en las expectativas económicas de la demandante respecto del valor de la mesada por vejez. Afirma que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación a DAVIVIR, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y las exigencias existentes en ese momento. Precisa que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y por ello no puede hablarse de una nulidad del acto jurídico de afiliación. En su defensa propuso como previa la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva con la AFP PORVENIR, y de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, y la innominada o genérica (ver contestación páginas 1 a 23, archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia. Precisa que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo la asesoría, lo cierto es que la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, determinación que adoptó a partir de la información que le fue brindada. Advierte que no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio del consentimiento que invalide la afiliación y, por el contrario, se evidencia la *negligencia* de la afiliada de consultar su situación pensional, a sabiendas de sus obligaciones como consumidora financiera y que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Asegura que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 por lo que se hace imposible para esa entidad tenerla como su afiliada, situación que también iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera. Formuló como excepciones de fondo las que denominó *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 (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la*

Constitución Política), 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, prescripción y la innominada o genérica (ver páginas 1 a 16 archivo 011 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 9 de marzo de 2022 el *a quo* dispuso de oficio la integración del contradictorio con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., en litisconsorcio necesario de la parte demandada.

Enterada de la demanda, y corrido el traslado legal, PORVENIR la contestó por intermedio de apoderado judicial. Se opuso a las declaraciones y condenas en la forma como fueron presentadas. Asegura que no es posible que se condene a COLPENSIONES a recibir y afiliarse a la parte actora en el RPM por cuanto ha estado vinculada de manera voluntaria y continua por más de 28 años al RAIS sin mostrar inconformidad alguna, además, no existen vicios en el consentimiento. Señala que la afiliación a PORVENIR se dio con posterioridad a recibir información cierta, oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características, requisitos y condiciones del RAIS, también se le mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual y, por ello, el traslado fue producto de una decisión libre, espontánea e informada. Afirma que garantizó el derecho de retracto y cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folios 1 a 21, archivo 14 expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con

solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Aseguró que la acción es imprescriptible por tratarse del reconocimiento de un estado jurídico.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado de la demandante PATRICIA CASTRO RAMÍREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también corre la misma suerte jurídica o consecuencia jurídica mejor, las afiliaciones horizontales o las vinculaciones horizontales entre administradoras del mismo régimen, esto es la afiliación o vinculación realizada a la AFP PORVENIR y el retorno hacia PROTECCIÓN nuevamente. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora entre el 01 de junio del año 2000 hasta el 31 de marzo del año 2003, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sentencias SL-2177 de 2022, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima deben devolverse de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. Como párrafo, se autoriza como único descuento a esta AFP PROTECCIÓN el dinero transferido hacia la AFP PORVENIR a perdón a la AFP PORVENIR el dinero transferido hacia la AFP PROTECCIÓN con ocasión a la solicitud de traslado realizada por la demandante el 01 de abril del año 2013. TERCERO:*

CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS Y PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de las afiliaciones, porque ha estado en varios momentos, inicialmente y posteriormente retornaron a PROTECCIÓN, con motivo de las afiliaciones que haya tenido la señora demandante en dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, reiteramos los 3 conceptos, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima deben ser devueltos de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago a este fondo. Como inicialmente hubo un traslado hacia PORVENIR, el único descuento autorizado a este fondo sería el descuento transferido a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de junio del año 2000. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora PATRICIA CASTRO RAMÍREZ al régimen de prima media con prestación definida como si nunca hubiese dejado de estar afiliada a dicho fondo. QUINTO: DECLARAR no probadas excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN a favor de la demandante. SÉPTIMO: se ordena la CONSULTA de la presente sentencia” (Audiencia virtual del 12 de septiembre de 2022 Hora 1:00:39, archivo 22 del expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PORVENIR afirma que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y debe tenerse en cuenta que los regímenes pensionales están regulados por la Ley 100 de 1993, de allí que debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse. De confirmarse la decisión pide se le absuelva de devolver los descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima

indexados, por tratarse de conceptos cuya deducción está autorizada por la norma como consecuencia de la buena administración que la administradora ejerce respecto del capital, en orden a incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual, lo cual se ve materializado con los rendimientos financieros. Además, porque, a su juicio, entregarlos a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad. Asegura que dichos gastos están sujetos a la prescripción como quiera que se trata de recursos que no están destinados a financiar la pensión y que procede su compensación con los rendimientos financieros¹ (Audiencia virtual del 12 de septiembre de 2022 Hora 1:04:14, archivo 22 del expediente digital).

¹ *“Señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser preferida con base en los siguientes argumentos: Honorable Tribunal Superior de Bogotá, no comparte mi representada la decisión que acaba de ser preferida por el a quo de la eficacia del traslado, ni se comparten los efectos jurídicos que se da a dicha ineficacia en primer lugar, el título 9 del código civil señala que la ignorancia de las leyes no sirve excusa, principio general del derecho que se avecina presunción legal, la cual implica que cuando se promulgó una ley esta es conocida por todos los habitantes la ley 100 de 1993, que fue promulgada en el diario oficial del 23 de diciembre del mismo año, estableció el sistema de seguridad social integral bajo los regímenes pensionales, solidarios y excluyentes por que coexisten cada uno con sus particulares características, luego por tratarse de un sistema obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de las prestaciones tanto en el (RPM) como en el (RAIS) están definidas en su totalidad por la ley, que fue debidamente promulgada, y a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que puedan seguirse sin observancia, sin que las partes tengan la libertad de pactar condiciones distintas al reconocimiento de expresiones diferentes al que se encuentra prescrito en la ley ese mismo sentido, mi representada no tiene facultades para modificar la ley basta con conocerla para saber qué régimen es más conveniente a la situación particular de cada individuo luego, en este escenario, la demandante debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que pueda decir qué porvenir abuso de la posición dominante o menos que esté relevada de probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la ley 100 teniendo en cuenta el artículo 13 de la Constitución, la parte demandante como cualquier habitante del territorio nacional le asiste la obligación de conocer la ley y ahí carece de fundamento razonable el argumento de que por no tener educación en materia pensional, tiene dificultad para conocer la ley al respecto y que por eso estaba imposibilitada para conocer las implicaciones de su decisión de traslado pensional. No obstante, en caso de que el honorable tribunal considere que se debe confirmar la teniente la declaratoria, ineficacia solicitó en forma subsidiaria que se absuelva a mi representado al devolver lo descontado por concepto de gastos de administración primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados en primer lugar, los gastos de administración constituyen conceptos autorizados a descontar las AFP como consecuencia de la buena administración que se ejerce sobre el capital de la cuenta individual que se vio materializado en incrementar el saldo de su cuenta generando rendimientos financieros inclusive por encima del mínimo establecido para súper financiera. Por otro lado, ordenar el traslado de sus gastos a contenciones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demanda, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución el artículo 113 literal b de la ley 100 mencionar que dinero se trasladan cuando existe un cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluir los rendimientos y ahí se evidencia que estos gastos no están destinados a financiar la apreciación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la actividad que se adelantó para incrementar en capital*

En el recurso de COLPENSIONES, advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias SU130 de 2013 y SU072 de 2010, para retornar al RPM. Adicionalmente, asegura que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento pues la actora no contaba con una expectativa legítima para acceder a la pensión de vejez. Refiere que la inconformidad con el valor de la pensión no constituye prueba de la falta de información por parte del fondo y que para el año 1994, cuando la actora se trasladó, la AFP solo

existente en su cuenta individual, adicionalmente se desconoció lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100, puesto que en caso de que el demandante hubiera permanecido afiliada al (RPM) esto es, igualmente hubiera generado descuentos de la cotización para financiar estos gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes por lo que dicho gasto de administración no forma parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción teniendo en cuenta la anterior, en el hipotético evento en el que el tribunal confirme el traslado de sumas diferentes a las que reposan en la cuenta individual de la demandante junto con los rendimientos, solicitó de forma respetuosa que se compensen estas condenas en especialidad de los gastos de administración, primas de seguros, descuentos del fondo de garantía de pensión mínima o indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley debido a que si el efecto ineficacia es retrotraer toda su historia inicial, estos de estos rendimientos no se hubieran causado en el régimen de prima media por otro lado, en caso de que el tribunal considere que se debe confirmar el reintegro de la totalidad de los rendimientos continuamente, solicitó que se autoriza por venir a descontar el concepto de las retribuciones que haya lugar como quiera que la AFP realice una gestión a favor del afiliado en general, los referidos rendimiento no ordenar recepciones mutuas y compensar esta suma sobre los rendimientos financieros generados constituyen un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al permitir que entidades beneficio sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los períodos anulados respecto de la condena de los valores indexados, ésta no resulta procedente como quiera que se condenó a mi representada igualmente reintegrar los referidos los rendimientos financieros causados, por lo que se estaría condenando a mi representada 2 veces por el mismo rubro sobre tal efecto, el tribunal superior de Cundinamarca se pronunció dentro del proceso ordinario 2021. 111, promovido por la señora FELISA LEÓN POVEDA al respecto, el tribunal se pronunció indicando "se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante fue lo que se entiende la sala que este rubro sería excluyente, con indexación ordenada por lo que se revocara la decisión en este aspecto frente a este punto, la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que el recibido con motivo de la filiación del actor, como cotizaciones buenos profesionales, imágenes de aseguradoras con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se le hubieren causado" en esos términos dejó sustentado en mi recurso de apelación o, sin necesitarlo solicitarle a, tribunal superior de Bogotá, que revoque la sentencia en el caso del proferida para su lugar absolver a mi representada muchas gracias"

tenían la obligación de informar sobre las condiciones de su traslado² (Audiencia virtual del 12 de septiembre de 2022 Hora 1:10:08, archivo 22 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de

² *“Colpensiones gracias su señoría me permitió interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral de la siguiente manera, en primera medida honorables magistrados téngase en cuenta y es importante resaltar que la demandante, pues ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado, señala la ley 797 del 2013 que modificó la ley 100 del 93 y no es beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional como lo es la SU - 130 del 2013 y la SU- 072 del 2010. También es importante resaltar que no existen elementos que evidencian vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez lo anterior, teniendo en cuenta la sentencia C- 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima. También honorables magistrados téngase en cuenta que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que va a recibir en el RAIS por sí solo no constituyen prueba de que cuando la demandante realizó el traslado, lo haya hecho motivo (sic) por un extraño o por un equivocado información por parte del fondo lo anterior, teniendo en cuenta pues que la demandante se encuentra inconforme en este momento con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS siendo así que en el presente caso, pues no se logra la información equivocada o falaz por parte de la AFP protección, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, esto es para el año 94, los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, pues no hay lugar a la ineficacia decretada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años por lo anterior, honorables magistrados solicito, de manera respetuosa que se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte demandante, muchas gracias”*

quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la

demandante tenía 30 años de edad y había cotizado 270,53 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 8 meses y 11 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 2 y folio 1 archivo 5).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5, 6,}

³ Ver historia laboral actualizada expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en archivo 37 a 39 de la contestación aportada por Protección, archivo 10. Asimismo, historia laboral expedida por COLPENSIONES pagina 4, archivo 5 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) –dice la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la

acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PROTECCION S.A. (antes DAVIVIR) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que su afiliación se da en su lugar de trabajo, en el que le advirtieron que si no se afiliaba no se iba a poder pensionar porque el seguro social se iba a acabar, que la compañía iba a tener muy en cuenta a quienes no se trasladaran. Además, le dijeron que podía pensionarse cuando quisiera, a la edad que deseara, sin explicarle el monto mínimo del ahorro (Audiencia virtual del 12 de septiembre de 2022 Min. 10:45).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como

“*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes porcentaje que hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en

montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSBY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 23 2021 00351 01
Patricia Castro Ramírez contra Colpensiones y otras.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ÓSCAR MEDINA ÁLVAREZ CONTRA FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre de 2021. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, probada parcialmente la excepción de prescripción, y se CONDENÓ al pago de las primas de navidad, las vacaciones y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, y se ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

Téngase por reasumido el poder por el doctor José Fernando Torres Peñuela, quien se identifica con T.P. 122.816, apoderado principal del demandante. Así mismo, téngase a la sociedad Comjurídica Asesores Sociedad por Acciones Simplificada S.A.S., identificada con NIT. 900.084.353-1 y representada legalmente por Juan Manuel Castellanos Ovalle, identificado con C.C. 1.033.703.431, y al doctor Luis Carlos Padilla Suárez, quien se identifica con T.P. 175.034, como apoderados principal y sustituto del FONDO NACIONAL

DEL AHORRO, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y memorial de sustitución allegados.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MIGUEL ÓSCAR MEDINA ÁLVAREZ presentó demanda contra FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de una *relación laboral* con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO entre el 15 de junio de 2011 y el 19 de junio de 2015, en la que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. actuaron como simples intermediarias. En consecuencia, pide que se condene al verdadero empleador, y solidariamente a las intermediarias, a pagar la diferencia salarial de lo devengado como *trabajador en misión* respecto de los *empleados de planta de la entidad*, con el correspondiente pago de aportes a seguridad social en salud y pensiones, cesantías y sus intereses, primas legales y extralegales y vacaciones, así como las indemnizaciones por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo y moratoria por no pago de salarios y prestaciones a la terminación del vínculo, con indexación. Como fundamento de lo pedido, afirma que prestó sus servicios remunerados y subordinados, cumpliendo órdenes y horario de trabajo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y excepcionalmente sábados y domingos, a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO del 15 de junio de 2011 al 19 de junio de 2015, desempeñando las mismas *funciones misionales y permanentes de la entidad* que el *personal de planta* en el cargo de *administrativo I* asignado a la División de Desarrollo Organización de la Dirección de Planeación Estratégica, como brindar asesoría en todos los procesos de la entidad, implementación, mantenimiento, evaluación y mejoramiento del SGC bajo la norma *NTC GP 1000 Gestión de la Calidad en el Sector Público*, pero percibiendo una remuneración inferior a la de aquellos. La vinculación se dio mediante contratos suscritos con TEMPORALES UNO A

BOGOTÁ S.A.S. del 15 de junio de 2011 al 13 de marzo de 2012, del 14 de marzo de 2012 al 30 de marzo de 2013, del 1º de febrero de 2013 al 16 de enero de 2014 y del 17 de enero de 2014 al 30 de noviembre de 2014, con una remuneración de \$3.500.000 a \$3.675.000, y con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL del 1º de diciembre de 2014 al 19 de junio de 2015 con una remuneración de \$3.675.000, fecha esta última en la referida EST le informó la terminación del vínculo (Ver demanda en archivo 001 folios 7 a 20 y 182 a 196).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales incoadas en su contra con fundamento en que el demandante suscribió un contrato de trabajo para prestar servicios en misión ante la empresa usuaria FNA, vínculo que terminó por finalización de la obra o labor contratada, y las acreencias laborales fueron canceladas en la liquidación de prestaciones correspondiente el 31 de julio de 2015, por lo que no se le adeuda suma alguna. Resaltó que dicha sociedad estuvo en reorganización, según auto emitido por la Superintendencia de Sociedades del 15 de febrero de 2016, y se encuentra en proceso de liquidación judicial dispuesto mediante auto del 17 de noviembre siguiente. Propuso como excepciones de fondo: *existencia del cobro de lo no debido, pago, buena fe y genérica*. (Ver contestación en archivo 001 folios 230 a 236 y 495).

También contestó la demanda TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. mediante apoderado, quien se opuso también a todas las pretensiones elevadas, con fundamento en que su actuar se ajustó a la Ley pues el contrato laboral estuvo ligado a uno de índole comercial de suministro de personal, se pagaron todos los derechos laborales del trabajador y se cumplió con la temporalidad del vínculo. Resaltó que no es exigible que la labor contratada sea ajena al giro normal de los negocios de la usuaria. Si bien existieron 4 vinculaciones laborales del actor, como se evidencia en la demanda y sus anexos, cada una de ellas correspondió a un contrato diferente con el FNA,

por lo que se dio la *oportunidad* al trabajador de prestar nuevamente servicios debido a sus *capacidades* y al *perfil* requerido por la usuaria, como habría ocurrido si se hubiera presentado una oferta de suministro de personal con otra entidad, sin que ello implique la obligación de contratarlo indefinidamente. Cada nueva vinculación se hizo como si fuera un trabajador nuevo, lo que *muestra* que se trató de varias laborales individuales diferentes. Aduce que la prestación del servicio para una EICE no estructura *per se* la calidad de trabajador oficial y menos se puede equiparar a la de un funcionario de la entidad, por su carácter temporal. En su defensa propuso la excepción previa de: *prescripción*, y las de mérito: *buena fe del empleador*, *cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación*, *inexistencia de la obligación*, *inexistencia de un solo contrato de trabajo*, *temeridad* y *prescripción*. (Ver contestación en archivo 001 folios 264 a 279 y 494).

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso igualmente a todas las pretensiones, con fundamento en la validez de los contratos comerciales suscritos por dicha entidad con las empresas de servicios temporales, a través de las cuales el accionante prestó sus servicios en misión, por lo cual eran esas empresas quienes debían reconocer los salarios, prestaciones y demás acreencias laborales, y eran las únicas habilitadas para dar por terminados los vínculos laborales en tanto fueron los verdaderos empleadores y no intermediarios, como se sugiere en la demanda, máxime cuando el cargo referido allí no existe siquiera dentro de la *planta de personal* del FNA, según la Resolución 070 del 8 de marzo de 2000. Agregó que dicha entidad *está en proceso de expansión* debido a que su planta de personal es insuficiente, por lo que se debió recurrir a la vinculación de personal en misión de *carácter temporal*, conforme a lo cual fue vinculado el actor. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador del demandante*, *buena fe*, *compensación* y *prescripción*. (archivo 001 folios 465 a 477).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de noviembre de 2021, en la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, encontró probada la parcialmente la excepción de prescripción, CONDENÓ al pago de las primas de navidad y vacaciones y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar su decisión, la Juez encontró que, en contravía de lo dispuesto para la contratación de personal temporal en misión, el actor desarrolló actividades permanentes de la entidad de manera ininterrumpida, por lo que la presunta usuaria es en realidad el verdadero empleador y las EST meras intermediarias, quienes deben responder solidariamente por las condenas. Consideró que si bien los testimonios refirieron que las funciones del actor correspondían a las de *profesional 3*, lo cierto es que no se acreditó su cumplimiento, ni se demostró que el demandante reuniera los requisitos legales para acceder a dicho cargo, por lo que no procedía la *nivelación salarial*, en consecuencia, condenó a las acreencias legales con base en el salario pactado en los contratos suscritos con las EST, sin incluir aquellas que ya habían sido pagadas por éstas, ni las extralegales por no haber sido acreditadas. Señaló que no se evidenció justa causa de despido, por lo que procedía la indemnización correspondiente. En cuanto a la indemnización moratoria, consideró que la entidad entendió de buena fe que la contratación del actor se encontraba amparada legalmente en las normas que regulan a las EST.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR entre el señor MIGUEL ÓSCAR MEDINA ÁLVAREZ y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un contrato de trabajo comprendido entre el 15 de junio 2011 y el 19 de junio 2015, y que TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN fungieron como simples intermediarios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, conforme en lo expuesto en la parte de esta providencia. TERCERO:

CONDENAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN a pagar en forma indexada al demandante las siguientes sumas de dinero: \$6.255.764 por prima de navidad; \$3.127.882 por prima de vacaciones; y \$21.560.000 por concepto de indemnización por terminación unilateral de terminación de contrato de trabajo, conforme en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas a las encantadas, fijándose como agencias en Derecho, la suma de \$2.000.000.” (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 015 Hora 1:15:12).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, su apoderado pide que se revoque parcialmente la decisión por considerar que la juzgadora no tuvo en cuenta el documento aportado *con anterioridad a la diligencia* en que se evidencian los salarios, bonificaciones y prestaciones percibidas por los *trabajadores de planta* del FNA, respecto de los cuales no se emitió pronunciamiento en la sentencia pese a haberse evidenciado que sus funciones correspondían a las de un *profesional* 3. Así mismo, pide que se emita condena por sanción moratoria de conformidad con los pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en tanto no resulta atendible que la entidad demandada desconociera válidamente la ilegalidad de su vinculación tras haber trabajado el demandante a su servicio, de manera ininterrumpida, por *“más de 6 años y 28 días”* en las mismas funciones y a través de 8 contratos de trabajo intermediados por EST’s (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 015 Hora 1:16:40)¹.

¹ *“Muchas gracias, su señoría. En este estado de la diligencia, una vez proferida (sic) el fallo que a bien conviene al despacho en el proceso de la referencia, me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, estando conforme con eh... la declaración de la relación laboral del señor Miguel Óscar Medina directamente con el Fondo Nacional del Ahorro y la intermediación de las empresas temporales. Mi recurso de apelación eh... básicamente se presenta en desacuerdo con la declaración del reconocimiento de manera parcial de algunas acreencias laborales... condenadas al Fondo Nacional del Ahorro de reconocer a mi representado, teniendo en cuenta eh... que no... el despacho no tuvo en cuenta y no estudio el certificado que se aporó con anterioridad a esta diligencia, expedido por el Fondo*

Nacional com... del Ahorro, como que se expresó o se argumentó en los alegatos de conclusión en esta diligencia eh... la... este extremo procesal previo a realizar o radicar la demanda en la jurisdicción ordinaria, agotó los medios que bien tenía para poder obtener la (sic) suficiente material probatorio para aportar dentro del expediente al Fondo Nacional del Ahorro a través de derechos de petición, acciones de tutela, que fueron aportados con el escrito de la demanda, que con ocasión a esa omisión por parte del Fondo Nacional, previo a iniciar el proceso, se solicitaron con el escrito de la demanda se oficiara a esta entidad para aportar la mismo documental, informando salarios y bonificaciones y prestaciones percibidas por los trabajadores de planta del Fondo Nacional del Ahorro, igual que el interrogatorio accedido (sic) por el despacho, que presentara el representante legal del Fondo Nacional del Ahorro, que dicha documental dentro del proceso judicial aun agotándose previamente los requisitos establecidos por la Ley, el Fondo Nacional del Ahorro de manera temeraria sigue omitiendo aportar la suficiente información al despacho para que se pudiera establecer las diferencias que realmente establecían los trabajadores de planta y los (sic) prestaciones que conllevaba la relación directa con el Fondo Nacional del Ahorro a diferencia de los trabajadores y en misión. Dentro de este certificado también, pues, evidencia la fecha de 16 de diciembre del 2019, fecha posterior a la presentación de la demanda, como un hecho nuevo que surge pues en anteriores oportunidades, como se manifestó, el Fondo Nacional del ahorro fue renuente en no aportar esta... este documento. Dentro de ese documento pues, más allá de las primas ya concedidas por el despacho, que es la prima de navidad y la prima de vacaciones, se establecen también una prima de servicios, una prima extraordinaria, una bonificación por recreación, una bonificación por servicios prestados y unos bonos navideños que no, como ya se indicó, se tuvieron en cuenta por parte del despacho al momento de dictar la presente sentencia. De igual forma, presento recurso alzada respecto a la negativa de reconocer la correspondiente sanción mora (sic) solicitada con el escrito de la demanda, como ya se indicó en la sentencia argumentada con los alegatos de conclusión, que me presento a argumentar en este recurso de alzada para que el honorable Tribunal reconsidere (sic) esta decisión y revoque la misma, accediendo a la sanción mora (sic). La Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral determinó que la sanción prevista en el artículo 53 del Decreto 2127 de 1945 requiere el análisis de los elementos subjetivos que guiaron a la conducta del deudor. Para tal fin el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles que los llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, que se establecen en reiteradas sentencias de la Corte Suprema, como la SL del 8 de mayo del 2012, radicada 391 del 86 la SL8216 del 2016, la SL16884 del 2016 y la SL694 del 2019, entre otras. Sobre ese particular, la sala indica que no le asiste razón a la censura (...) por cuanto el Tribunal procedió a imponer la mencionada sanción luego examinar su conducta y las circunstancias fácticas relevantes, así fulminó tal condena por considerar que las actividades ejercidas por el trabajador, lejos de ser ocasionales, tenían vocación de permanencia; no obstante lo cual, el Fondo Nacional del Ahorro pretendió suplirlas ilegalmente con trabajadores en misión, infringiendo deliberadamente el término previsto en el artículo 6º del Decreto 4369 del 2006. Nótese que, para juzgador no era creíble que el Fondo Nacional del Ahorro no se percatara de la ilicitud de su conducta; por el contrario, señaló que la evidencia recopilada llevaba a pensar que actuó con ánimo torcicero (sic) y con pleno conocimiento de tal irregularidad, pues sólo así se explicaba que el actor fuera vinculado en 8 ocasiones para la misma labor, mediante contratos... durante... duración de obra que se prolongaron por más de 6 años y 28 días y que entre cada contrato transcurrieron un mínimo ninguno margen (sic) de espera para celebrar el siguiente, siendo evidente que lo que pretendía era dar una fachada ilegalidad (sic) y burla... y burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo, especialmente si se tiene en cuenta que el actor laboró de manera continua. Este abuso sistemático prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el Fondo Nacional del Ahorro no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante. Eso... instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito (sic) verdaderas relaciones de trabajo directas, como los empleados, constituyen un fraude a la Ley, circunstancia que a partir de las cuales (sic) el juzgador descartó un actuar de buena fe. Como se evidencia en la sentencia antes citada, su señoría, en el caso que nos trae a colación el señor Óscar Miguel (sic) Medina, como ya se declaró en la sentencia, sostuvo una relación del con el Fondo Nacional del Ahorro dónde ésta actuó de mala fe tratando de burlar la necesidad y violentando así la normativa vigente que era la Ley 50 que establece un mínimo de tiempo requerido, donde se puede establecer un contrato o (sic) un trabajador por obra o misión (sic). Se tiene que a través

En el recurso del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, su apoderada pide que se revoque la decisión, pues no se demostraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo del artículo 22 del CST respecto de dicha entidad y, por el contrario, sea acreditó que la vinculación del actor se dio válidamente a través de las EST codemandadas, en razón a la necesidad de cubrir su necesidad de expansión y crecimiento, y son ellas las llamadas al pago de las acreencias laborales del trabajador. Dicha contratación era un convenio *interadministrativo* para el suministro de personal teniendo en cuenta que la entidad se encuentra limitada para ampliar su planta, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 070 del 2000 modificada por el Decreto 2988 de 2005, que hacían necesaria la expedición de un decreto por parte del Gobierno Nacional para poder vincular más personal de manera directa, allegó constancia de las diversas solicitudes que en tal sentido elevó ante el Departamento Administrativo de la Función Pública (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 015 Hora 1:25:47)².

de 2 temporales suscribió contratos para contratar al señor Óscar Medina, desde el año 2011 hasta el 2015, ejerciendo las mismas funciones, en la misma área (sic) y en la misma entidad durante toda su relación laboral, y como establece en la sentencia también no hay un mínimo de margen entre un contrato y el otro. Por estas razones, su señoría, ruego al honorable Tribunal se revoque de manera parcial la sentencia antes dictada, reconociendo así las acreencias a las prestaciones sociales (sic) que se indican aportadas en... de manera... de manera (sic) al despacho, puesto que las dificultades que presentó el Fondo Nacional del Ahorro a omitir (sic) la información, pues no se pudo aportar de manera eh... con anterioridad con la conte... con el escrito de la demanda. De igual manera, se solicita se revoque la sanción moratoria (sic) y se reconozca por las razones expuestas, con las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia y que estudia (sic) respecto a las diferencias prestacionales también negadas en la presente diligencia, conforme a las funciones establecidas y probadas por los testigos eh... aun así teniendo, como a la señora Ana María Arenas que fue la directora su momento el área de desarrollo organizacional donde el señor Óscar Medina desarrolló sus funciones y estableció tal cual las funciones que ejercía igual que sus compañeras Olga Rocío Villamizar y la señora Natalia Osorno, indicando muy claramente cuáles eran las funciones, especificando que habían (sic) trabajadores de planta en el cargo profesional 3 que ejercían las mismas funciones y los salarios que están certificados en el mismo documento que se relacionó con anterioridad. Así dejo sustentado... presentado mi recurso de alzada, muchas gracias.”.

² *“Me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia de acuerdo a los siguientes argumentos: Eh... primero, frente al punto del reconocimiento del contrato laboral entre el Fondo Nacional del Ahorro y el demandante Miguel Óscar Medina Álvarez en... pues... para manifestar al despacho que realmente concluyó en condenar a mi representada, toda vez que conformidad con lo establecido en el artículo 22 del CST no se pudo demostrar la co... existencia de elementos esenciales que derivan del contrato de realidad (sic), como son la prestación personal del servicio, la dependencia continua, la retribución económica, hechos que sin duda no pueden afirmarse ni contemplar (sic) la condición de empleador a la entidad que represento, pues se pudo establecer que entre el demandante y la entidad TEMPORALES UNO A y OPTIMIZAR TEMPORALES eran (sic) quienes ostentaban la calidad*

de empleadores y por ende son los responsables de sufragar cualquier reclamo prestacional causado en la relación laboral, entre éstas, si se le adeuda a la fecha (sic). Lo anterior, teniendo como fundamento los términos del artículo 71 de la Ley 50 de 1990, en la cual la empresa de servicios temporales es aquellas (sic) que controla... contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor cumplida por estas personas naturales, contratar directamente por aquello (sic), lo que aquí en este proceso se evidencia porque pues el... la... el demandante fue enviado a (sic) Fondo Nacional como trabajador en misión. Por otro lado, pues el despacho no tuvo en cuenta los contratos suscritos, los contratos comerciales que fueron a aportados al despacho, que son los contratos comerciales número 168 del 2011, 60 del 2012, 08 del 2013, 475 del 2013, 145 del 2014, con las mencionadas empresas de servicios temporales, con el fin... y que eran con el fin de cumplir los objetivos y programas del fondo, en atención a las necesidades y crecimientos de expansión del Fondo Nacional del Ahorro y en armonía con el plan nacional del ahorro, que era para atenderlos (sic) el incrementos (sic) en la producción del ente público y que este hecho se puede o fue ratificado por una de las testigos, que es la señora Ana María Arenas, quien manifestó en el curso del proceso que pues ella evidenció que para la fecha que ella estuvo laborando en el Fondo Nacional del Ahorro, pues se había incrementado el trabajo que pues estaba haciendo una expansión del... de las servicios (sic) que prestaba esta entidad. Asimismo, pues no se tuvo en cuenta para fallar que el demandante pues con quien suscribió los contratos fue con las empresas de servicios temporales, que ya sean mencionados (sic) que están legalmente constituidas como empresas de servicios temporales por lo que no se probó que las temporales y mi representa hayan desnaturalizado la figura de la intermediación laboral contemplada en la Ley 50 de 1990, en tanto como se advierte de los contratos comerciales antes mencionados, fueron suscritos para para atender incrementos en la producción del ente público. El despacho reconoció unas obligaciones cuando el Fondo Nacional del Ahorro contrató con las empresas de servicios temporales el suministro en misión... a reconocer que efectivamente estas fueron quienes contrataron los servicios de los... del trabajador y éstas eran quien (sic) directamente cancelaba sus salarios y demás prestaciones sociales ratificación de esta afirmación que fue hecha por la parte demandante y testigos, y que dentro del expediente reposan los soportes de que, pues esta... la parte demandante labora para estas empresas servicios temporales (sic) y que se le pagaron todas las acreencias laborales. Eh... Por otro lado, pues, es de resaltar y tener en cuenta la limitación que tiene el Fondo Nacional del Ahorro para contratar, toda vez que pues su planta de personal es regida por una resolución, la 070 del 2000, y modificada por el Decreto 2988 de agosto 30 del 2005, la entidad que, pues, apodero presenta limitaciones que le impiden contratar en materia laboral en forma directa a trabajadores. El ordenamiento jurídico que se encuentra en el Fondo Nacional del Ahorro la instruye a superar restricciones legales para esta contratación por lo que el personal de planta de la empresa es insuficiente para alcanzar las metas y objetivos de (sic) Fondo Nacional del Ahorro de administrar cesantías, el ahorro voluntario, así como otorgar pues... de créditos para vivienda. Para poder atender en debida forma la deman... la demanda... pues en sus servicios, la entidad acudió a convenios interadministrativos con las empresas de servicios temporales para apoyar logísticamente con su personal las actividades encaminadas al cumplimiento de sus objetivos, siempre bajo el cumplimiento de las normas, como fue aportado los contratos (sic) donde contrató con las empresas de servicios temporales. Asimismo es de resaltar al despacho que pues por mi representada, Fondo Nacional del Ahorro, ha venido adelantando las actividades para lograr la reestructuración de la entidad, soportes que se encuentran dentro del plenario, dejando claro que este proyecto para ampliar el personal pues requiere un decreto de la Presidencia de la República, vía aprobación del Ministerio de Hacienda y del Departamento de Administración... de la Administración... de la Función Pública, por lo que la entidad que apodero pues no puede contratar directamente con... por... directamente sus empleados. Finalmente, se debe tener en cuenta, su señoría, que mi representada pues cumplió con cada una de las obligaciones con las temporales pactadas (sic)... con las empresas de servicios y, que por derecho le correspondía. Con base en lo expuesto, pues, mi representada se encuentra exenta de asumir algún tipo de responsabilidad sobre las pretensiones expuestas (sic). En consecuencia, por lo anterior, solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal se sirva con revocar el fallo y en consecuencia a exonerar al Fondo Nacional del ahorro de cualquier condena por (sic) relación a las pretensiones deprecadas aquí (...). No es más, su señoría.”.

En el recurso de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. su apoderado pide se revoque la condena a dicha entidad, por cuanto la misma actuó de buena fe al prestar sus servicios de suministro de personal, sin que le fuera exigible conocer los detalles del desarrollo de la relación laboral del actor al interior de la empresa usuaria, el manual de funciones, ni la *“función matriz como tal del fondo”*. Afirma que de los contratos comerciales suscritos se pueda evidenciar la *necesidad* de personal que dio lugar a condena contra el FNA, pero no se puede extender su responsabilidad a la Empresas de Servicios Temporales *toda vez que no son ellas las encargan del personal ni las obligadas de tener un conocimiento propio y de fondo del manejo de las labores al interior del Fondo Nacional del Ahorro*. En caso de no aceptar lo anterior, pide no ser condenada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato, pues, bajo el entendido de la sentencia de primera instancia sobre la existencia de un único vínculo laboral, lo cierto es que para el momento de la desvinculación TEMPORALES UNO SAS no tenía relación alguna con el trabajador (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 015 Hora 1:32:42)³.

³ *“Su señoría, muchas gracias. Me permito interponer el recurso de apelación correspondiente, como ya lo he manifestado, en lo que respecta a no estar de acuerdo en la parte resolutive cuando se determina la responsabilidad de mi prohijada como parte de la condena. Lo anterior, teniendo en cuenta que precisamente quedó demostrado que de buena fe la temporal prestó todos sus servicios de conformidad a los contratos comerciales, que solicito que precisamente se tengan en cuenta, que fueron suscritos de manera independiente, y que precisamente se puede observar que la ejecución de dichos contratos TEMPORALES UNO A cumplió con el envío de los trabajadores en misión, y en el caso concreto, se puede determinar con la misma presentación de la demanda los hechos, más los interrogatorios donde quedó demostrado que TEMPORALES UNO A cumplió como empleador con todas sus obligaciones y con todos (sic) sus acreencias laborales, como ha quedado demostrado. Que, si bien es cierto el juzgado establece o adopta la posición que... por el tema de la ejecución del servicio en el tiempo determina una responsabilidad del Fondo Nacional del Ahorro, no da lugar para que éste (sic) sea extendido hacia las temporales, toda vez que no son ellas las encargan... ni las obligadas de tener un conocimiento propio y de fondo del manejo de las labores al interior de... del Fondo Nacional del Ahorro, sin conocer cómo, establezca en manera subsidiaria lo que acabo de decir, que las temporales tengan que tener el conocimiento del manual de las funciones, del nombre de los cargos, ni mucho menos la función matriz como tal del fondo, cuando así mismo ni siquiera quedó establecido en los contratos. De hecho si se puede... si se puede observar dichos contratos comerciales, es claro que se establece que es un apoyo adicional que necesita el fondo, y de ahí parte la temporal para prestar el servicio. Condenarla es establecer que tenía un conocimiento de esa necesidad o de esa situación de fondo de carácter permanente. Por lo tanto, solicito que no sea tenido (sic) en cuenta la condena respecto a la temporal. Aun así, quiero también adicionar que en el caso tal de que no sea tenido en cuenta esta... estos argumentos, solicitó también que la parte resolutive en la parte de condenas se ha establecido una condenada por 21.000.000, precisamente por la terminación sin justa causa, la cual no debe de (sic) estar establecida para TEMPORALES UNO A. Si recordamos, en el factor tiempo, nosotros al 2014 no estábamos con la persona, la persona fue desde... fue finalizado el contrato... tuvo un contrato posterior con nosotros el cual no... fue con OPTIMIZAR, no con TEMPORALES UNO A, y si se ha*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) que el demandante prestó servicios a favor del FNA bajo la figura de *trabajador en misión*, mediante la suscripción de diversos contratos de trabajo con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. del 15 de junio de 2011 al 13 de marzo de 2012, del 14 de marzo de 2012 al 30 de marzo de 2013, del 1º de febrero de 2013 al 16 de enero de 2014 y del 17 de enero de 2014 al 30 de noviembre de 2014, con una remuneración de \$3.500.000 a \$3.675.000, y con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL del 1º de diciembre de 2014 al 19 de junio de 2015, con una remuneración de \$3.675.000; ii) que el vínculo terminó por comunicación de esta última del 19 de junio de 2015; y iii) que los derechos reconocidos en primera instancia (primas de navidad y vacaciones, e indemnización por despido injusto) se causaron y no fueron pagados al demandante, asunto sobre el cual ninguno de los recursos planteó oposición. Los hechos anteriores encuentran además prueba documental en el archivo 001 folios 21 a 111, 237 a 249, 280 a 307, 318 a 322, 394 a 410, 445 a 459, 538 a 541, 568 a 570 y 592 a 607.

En consonancia con los recursos, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre el demandante y FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un vínculo de trabajo o no; y en dado caso (ii) si hay lugar al reajuste salarial del demandante de conformidad con lo devengado por los trabajadores *de planta* de la entidad; (iii) si procede el pago de las primas extralegales (de servicios, extraordinaria, de navidad y de vacaciones) contenidas en los artículos 12 y 25 de la Convención Colectiva de 2012 suscrita con

determinado precisamente que todos los tiempos son tenidos en cuenta, no puede ser TEMPORALES UNO A sujeto de esa terminación final unilateral del contrato, por lo cual, como repito, de no ser tenidos los argumentos de primera mano, que... en el cual solicito que no sea condenatorio para TEMPORALES UNO A, y de mantenerse en las condenas, no pueden ser las condenas de los \$21.000.000 frente a TEMPORALES UNO A, lo cual solicitó se revoque en esta medida. Entonces así finalizó mis alegatos. Muchas gracias."

SINDEFONAHORRO; (iv) si TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. debe o no ser condenada solidariamente al pago de la indemnización por despido sin justa causa; y (v) si hay lugar a emitir condena a título de indemnización moratoria.

Por el principio de congruencia⁴, no hay lugar a pronunciarse sobre eventuales acreencias extralegales diferentes a las *primas* que fueron reclamadas en la demanda (archivo 001 folios 7 a 20 y 182 a 196), pues así se fijó el litigio (Audiencia del 16 de mayo de 2019 – carpeta 003 Min. 08:09).

(i) RELACIÓN LABORAL. Sobre esta materia el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permiten la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales, para una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios, limitando la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, y advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6°, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “Principio de congruencia (...). Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto. Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)”.

nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Con ello el ordenamiento jurídico evita que esta modalidad de contratación se utilice fraudulentamente por el empleador para la atención de actividades permanente de la empresa, mediante contratación precaria y fraccionada en lapsos cortos de sus trabajadores.

Cuando se cumplen los requisitos señalados, la EST (Empresa de Servicios Temporales) será el real empleador de los trabajadores y ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a las obligaciones que surjan a cargo de dicho empleador. Pero si tales requisitos no se cumplen, la EST será un simple intermediario en la relación de trabajo, ésta -en realidad- se habrá desarrollado entre el trabajador y la aparente empresa usuaria.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de un único vínculo laboral, sin solución de continuidad, entre el demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, entre el 15 de junio de 2011 y el 19 de junio de 2015, en el cual TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL fungieron como simples intermediarias para los periodos del 15 de junio de 2011 al 30 de noviembre de 2014 y del 1º de diciembre de 2014 al 19 de junio de 2015, respectivamente.

Se llega a la anterior conclusión al advertir que se superaron con creces los límites temporales y el objeto que la norma habilita para esta forma de trabajo.

La relación de trabajo a través de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. se desarrolló por más de 3 años, y continuó por 6 meses más a través de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), y el demandante no estaba cumpliendo el objeto que autoriza el ordenamiento jurídico para trabajadores en misión (*labores ocasionales*,

reemplazar personas en vacaciones o licencias, o atender incrementos en la producción, artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Las pruebas aportadas demuestran, por el contrario, que prestó sus servicios personales de manera continua en labores habituales y permanentes de la entidad, como *profesional de apoyo o administrativo I*, de lo cual dan cuenta los contratos de trabajo suscritos por el demandante con las EST, las liquidaciones de prestaciones sociales y acreencias elaboradas por éstas, los *reportes individuales de hoja de vida* elaborados por la primera (archivo 001 folios 21 a 24, 26 a 30, 34 a 41, 44 a 47, 237 a 241 y 280 a 300), el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 05:37), y las declaraciones de todos los testigos traídos al proceso: NATALIA OSORNO PINEDA (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 24:57), OLGA ROCÍO VILLAMIZAR GÓMEZ (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 44:51) y ANA MARÍA ARENAS MELO (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 1:02:00).

Las dos primeras, compañeras de trabajo que realizaban labores idénticas a las del actor, y la última su jefe, vinculada laboralmente de manera con el FNA, de manera espontánea, clara y concordante manifestaron haber evidenciado la continuidad de la labor del actor en los interregnos que laboraron con él, al menos entre 2011 y 2014, desempeñando siempre la misma labor, en la misma área de trabajo, tanto física -locación- como organizacional (funciones).

Ninguna prueba testimonial fue allegada por las demandadas para desvirtuar lo anterior y, contrario a lo afirmado en los recursos, las documentales aportadas al expediente (contratos suministro personal y los otrosíes que los modifican) pese a indicar que se celebraban por el término de 6 meses, demuestran la continuidad de las labores y de los contratos laborales celebrados con el actor, y son claros y reiterativos en señalar que se realiza la contratación de las EST debido a la necesidad de proveer personal para

“soportar y apoyar las actividades misionales y conexas del FNA” porque el personal resulta insuficiente para atenderlas, al punto que los trabajadores en misión llegaron a representar *“el 80% de la fuerza laboral”* y algunas de las prórrogas se dieron por la necesidad de capacitar a dicho personal en temas de importancia para la organización y que propenden por mejorar el servicio (archivo 001 folios 48 a 111).

Se debe recordar que la sentencia C-330 de 1995 definió la legalidad de la relación a través de Empresas de Servicios Temporales, por seis meses y *“hasta seis (6) meses más”*, advirtiendo claramente que *“(…) Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino”*.

(ii) NIVELACIÓN O REAJUSTE SALARIAL. Los artículos 53 de la Constitución Política y 143 del CST conceden a los trabajadores el derecho a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con otros trabajadores que cumplan igual función, en igual jornada y bajo situaciones de eficiencia similares. La primera de tales normas es clara en definir el principio de igualdad salarial de los trabajadores, como el derecho a recibir una *“remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”*, con lo cual, el ordenamiento jurídico estableció los parámetros que debe seguir el empleador para efectuar distinciones salariales: la calidad y la cantidad del trabajo.

Sobre esta misma materia, la Corte Constitucional ha dicho, entre otras en la sentencia SU-519 de 1997, que en virtud del principio de igualdad salarial el empleador solo puede establecer diferencias en la remuneración de sus servidores basado en razones objetivas que las justifiquen, y ellas deben estar relacionadas con la cantidad y la calidad del servicio. Dice la sentencia referida: *“Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos*

*emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una. Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política **en relación con la cantidad y calidad de trabajo**".*

Bajo estas reglas normativas, cuando se reclama nivelación salarial en un proceso judicial, el demandante (quien tiene la carga de la prueba por mandato del artículo 167 del CGP), debe identificar a personas específicas frente a quienes reclama comparación y aportar al expediente pruebas de que cumplió iguales funciones con condiciones similares de eficiencia (cantidad y calidad del trabajo).

Bajo estas reglas y una vez revisado el expediente la Sala confirmará también en este punto la sentencia de primera instancia, pues no se demostró rendimiento similar en cantidad y calidad de trabajo del demandante frente a otras personas específicas que hubieran prestado iguales servicios en condiciones similares de idoneidad.

No sirve para este efecto la constancia de lo devengados en los cargos del FNA, en la cual se sustentaría el reajuste o nivelación salarial (archivo 007 folios 4 a 6), pues no contiene el cargo de *profesional de apoyo* ni el de *administrativo I* que, como se dijo desempeñaba el demandante, según los contratos suscritos. Tampoco se cuenta con material probatorio suficiente para concluir que dicho cargo correspondía al de "*PROFESIONAL GRADO 03*" que sí aparece allí relacionado. Al respecto, la testigo OLGA ROCÍO VILLAMIZAR GÓMEZ únicamente señaló que las labores desempeñadas por el actor eran *las mismas* que realizaban los "*profesionales 3 o 4*" (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 44:51), mientras que NATALIA OSORNO PINEDA y ANA MARÍA ARENAS MELO se limitaron a mencionaron

que las otras personas *de planta* que trabajaban con el demandante eran “*profesionales*” e incluso esta última refirió que había unos “*especializados*” (Audiencia virtual del 28 de octubre de 2021 – archivo 012 Min. 24:57 y Hora 1:02:00). Pero todas ellas aclararon que si bien pertenecían al mismo equipo de los referidos *profesionales de planta*, estos últimos realizaban labores especiales que no le eran encargadas al personal en misión, como lo indicó de manera expresa ANA MARÍA ARENAS MELO, jefe de la división en que laboraba el actor y quien distribuía los procesos a cargo de su equipo, al señalar que únicamente a aquellos *-personal de planta-* les encargaba los temas de *contratación* por ser empleados de *confianza*.

Como no se cumplió con la carga de demostrar que las funciones que cumplía el demandante se pudieran homologar con las desempeñadas por una persona concreta, o por quienes fungían como *profesional grado 03* de la entidad, ni se individualizó a personas específicas para hacer un test de igualdad, ni se pudieron demostrar, en consecuencia, las mismas condiciones de formación y eficiencia dispuestas para el cargo para el cual se reclama la nivelación, no se podían dictar las condenas que reclama la demanda por nivelación salarial.

(iii) PRIMAS EXTRALEGALES. En cuanto al reconocimiento de beneficios convencionales, el artículo 467 del CST permiten fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo en Convenciones Colectivas. Los derechos consagrados en estos instrumentos cobijarán a los miembros del sindicato, salvo que el total de afiliados supere una tercera parte del total de trabajadores de la empresa, caso en el cual se podrán extender a los demás trabajadores (artículo 470 *ibidem*) aún si ello ocurre con posterioridad a la suscripción del acuerdo convencional (artículo 471 *ibidem*).

Sin embargo, las convenciones colectivas de trabajo producirán efectos cuando se haga su depósito, y tal actuación se debe demostrar ocurrida en el expediente judicial para que se les pueda dar el carácter de *fuentes formales* de los derechos reclamados (artículo 469 *ibidem*).

Bajo estas reglas y como quiera que se encontró acreditada la existencia de una verdadera relación laboral del demandante con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO entre el 15 de junio de 2011 y el 19 de junio de 2015, bien podía beneficiarse de las convenciones colectivas que hubiera celebrado dicha entidad con alguna organización sindical, como la mencionada en la constancia emitida por la División de Gestión Humana, Convención Colectiva de 2012 celebrada con SINDEFONAHORRO (archivo 007 folios 4 a 6).

No obstante, dicho instrumento convencional no fue allegado al plenario, ni se tiene constancia de su depósito en los términos de las normas legales.

Tampoco se demostró la afiliación del demandante al sindicato, ni que, como se afirma en los alegatos presentados ante esta instancia, dicha organización tuviera como miembros a más de la tercera parte de los trabajadores del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Así las cosas, no es posible reconocer las primas extralegales reclamadas, razón por la cual se confirmará también la sentencia de primera instancia en este aspecto.

(iv) SOLIDARIDAD INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. El artículo 35 del CST define al *simple intermediario* como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

Como el simple intermediario no es un verdadero empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, y dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntuales, el mismo artículo 35 CST estableció que se consideran simples intermediarios “*aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo*”. El numeral 3 de la norma dispuso a cargo del *simple intermediario* la obligación de “*declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador*”, so pena de responder “*solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas*”.

Conforme a lo dicho y analizadas las pruebas allegadas al expediente, se confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto condenó solidariamente a TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, pues, aunque dicho intermediario no se encontraba fungiendo como tal para la fecha del despido, sí tiene responsabilidad solidaria por todas las obligaciones indivisibles que se dedujeron a cargo del verdadero empleador.

Tal como se dijo antes, en el expediente se encuentra probado que el *verdadero* empleador del actor fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y que las EST fungieron como *simples intermediarias*. Deben responder en consecuencia por todas las acreencias que están a cargo del empleador en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 numeral 3 del CST.

No sobra recordar que una obligación solidaria es aquella que por Ley, testamento o convención disponen se puede exigir a cada uno de los deudores, en su totalidad (artículo 1568 del C.C.). En el caso bajo estudio, la solidaridad nace de la ley. El numeral 2º del artículo 35 del CST dispone, para el simple intermediario que no anuncia su verdadera condición, responsabilidad por las obligaciones indivisibles que puedan surgir en contra de quien fue el verdadero empleador, y en este expediente las obligaciones

que se dedujeron a cargo del verdadero empleador son indivisibles pues surgieron por la ejecución de la misma *relación de trabajo*.

v) SANCIÓN MORATORIA. El artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del decreto 2127 de 1945, establece la continuidad de las obligaciones del empleador oficial cuando han transcurrido 90 días desde la terminación del contrato de trabajo sin que haya pagado los salarios, las prestaciones o las indemnizaciones causadas en favor del trabajador. Ello implica en la práctica -y así lo ha entendido la jurisprudencia- el pago de un día de salario por cada día de retardo trascurrido desde el día 90 de terminación del contrato.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta sanción no se puede imponer de forma inexorable y automática frente a la falta de pago, pues bien puede el empleador haber obrado con buena fe, ésta situación se debe demostrar en el proceso, y solo podría derivarse: i) del entendimiento plausible –es decir con razón válidas- en la entidad oficial empleadora de no estar obligada a pagar los valores que se deducen en su contra en un proceso judicial; o (ii) de la imposibilidad que tenía la entidad empleadora de efectuar los pagos al momento de terminar el contrato de trabajo, por fuerza mayor o por otras razones que con similares características le hicieran imposible efectuar los pagos.

Dice la Corte que *“la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin*

*lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*⁵.

Ninguna de las pruebas allegadas al expediente permite deducir un convencimiento *plausible* o *razonable* de la ausencia de contrato de trabajo del demandante con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en virtud de los servicios prestados por MIGUEL ÓSCAR MEDINA ÁLVAREZ.

Cómo se dijo antes, resulta claro que la entidad demandada buscó suplir su necesidad de personal permanente o de planta a través de la contratación del demandante como trabajador en misión, y mantuvo su vinculación de manera continua por más de 4 años, en contravía de las normas que regulan a los trabajadores en misión.

Tal conclusión se ratifica con el argumento que expone la misma demandada para justificar su posición por haber solicitado ante el Departamento Administrativo de la Función Pública la ampliación de la planta de personal, pues con ello está reconociendo que tenía claro conocimiento de las irregularidades que tenía la relación laboral que venía ejecutando con el demandante.

A igual conclusión arribó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en un caso de similares contornos⁶.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4076-2017: *“También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley”*.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4330-2020 Rad. 83692, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *“Nótese que para el juzgador no era creíble que el FNA no se percatase de la ilicitud de su conducta; por el contrario, señaló que la evidencia recopilada llevaba a pensar que actuó con ánimo torticero y pleno conocimiento de tal irregularidad, pues solo así se explicaba que el actor fuera vinculado en 8 ocasiones, para la misma labor, mediante contratos de duración de obra, que se prolongaron más de 6 años y 28 días y que entre cada contrato trascurriera un mínimo o ningún margen de espera para celebrar el siguiente, siendo evidente que lo que se pretendía era dar una fachada de legalidad y «burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo», especialmente si se tiene en cuenta que el actor laboró de manera continua. Todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el FNA no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el*

Por lo dicho, se revocará en este aspecto la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se condenará al pago de sanción moratoria a razón de \$122.500⁷ diarios, a partir del 20 de septiembre de 2015 (90 días después de terminada la relación de trabajo) hasta la fecha en que las demandadas FONDO NACIONAL DEL AHORRO, TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, paguen la totalidad de las sumas adeudadas al demandante por salarios prestaciones o indemnizaciones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago en favor de MIGUEL ÓSCAR MEDINA ÁLVAREZ de \$122.500 por cada día que transcurra desde el 20 de septiembre de 2015 hasta el momento en que pague los derechos laborales causados, a título de sanción moratoria.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** de esta instancia a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales el juzgador descartó un actuar de buena fe.”

⁷ El último salario devengado fue de \$3.675.000 mensuales – archivo 001 folios 44 a 46 y 237 a 241.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

Salvo voto parcial



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARINA ORTIZ CAICEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2022 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quien se identifica con T.P. 365.094, para actuar como apoderado sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ MARINA ORTIZ CAICEDO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en diciembre de 1999, con fundamento en que PROTECCIÓN

S.A. no proporcionó una información clara, veraz y real sobre las consecuencias jurídicas y económicas de su decisión, pues se limitó a ofrecer una pensión mayor a la que obtendría en el RPM, sin indicar las alternativas pensionales que tenía ni realizar una proyección concreta de su monto pensional, sumado a que se le indicó que el ISS desaparecería por ser una entidad pública. Como consecuencia, pide tenga como afiliada en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP trasladar a dicha entidad a todos los aportes junto con sus rendimientos e intereses causados. (Ver demanda en archivo 01 folios 5 a 14).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez y legalidad, pues no se probó alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como era su deber procesal. Advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación. Tampoco se solicitó el traslado durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se hizo previo a encontrarse incurso en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003, sin que se cumplan los requisitos contenidos en la sentencia SU-062 de 2010. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos*. (Ver contestación en archivo 01 folios 56 a 65).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones que puedan acarrear consecuencias jurídicas o económicas en su contra, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada previa asesoría acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada. Así mismo, las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente y, en todo caso, la parte demandante era una persona capaz y tenía la obligación de informarse

sobre el acto jurídico a celebrar, sin que la falta de información sea razón suficiente para declarar la ineficacia. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, se evidenció ratificación, que se entiende con la continuidad en afiliación sin que se hubiera presentado inconformidad alguna ni haber hecho uso del derecho de traslado en todas las oportunidades que tuvo para el efecto. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previo a ello. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 01 folios 85 a 105).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación a dicha AFP se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, las normas que regulan el traslado y la proyección objetiva de las mesadas pensionales según la información con que contaba la entidad para la época, como salarios y beneficiarios, sin tener en cuenta los rendimientos que se generarían. Además, no existía para la época la obligación de hacer un comparativo financiero entre regímenes. En consecuencia, es claro que suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. La demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y,

en todo caso, se efectuó el traslado de los aportes a la actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica* (Ver contestación en archivo 01 folios 222 a 239).

Terminó la primera instancia con sentencia de 29 de septiembre de 2022, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante, pues si bien manifestó haber suscrito el formulario de manera voluntaria, de ello no se deriva un consentimiento informado. Señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ MARINA ORTIZ CAICEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la administradora de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de*

administración primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, a razón de un 50% a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de \$1.000.000.” (Audiencia virtual del 29 de septiembre de 2022 – archivo 07 Min. 53:51).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia desfavorable a COLPENSIONES y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPTSS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 32,43 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (no tenía cotización alguna)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años – ver archivo 01 folio 40 y expediente administrativo en carpeta 03).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

¹ Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES en expediente administrativo carpeta 03.

² *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia a de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (año 1995), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que el traslado se efectuó cuando

fue convocada el área de recursos humanos de la empresa de seguridad para la que trabajaba en esa época, para que firmara unos documentos porque el ISS, o COLPENSIONES hoy en día, se iba a acabar. Únicamente le indicaron que firmara, no recuerda haber visto ni mucho menos recibir información de un asesor de PORVENIR. Su posterior traslado a PROTECCIÓN se debió a que por conocimiento *voz a voz* tenía entendido que sería mejor y obtendría mejores rendimientos, sin saber a qué se referían éstos (Audiencia virtual del 29 de septiembre de 2022 – archivo 07 Min. 15:01).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior de este. Así mismo, se advierte que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues

conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para autorizar a dicha entidad para obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMARLA** en lo demás.
- 3. SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

⁵ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE WUENDI YOGENI GARCÉS DÍAZ CONTRA
INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de noviembre de 2021. En ella DECLARÓ la existencia de tres contratos de trabajo entre las partes, CONDENÓ al pago de la indemnización por despido sin justa causa, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones principales y subsidiarias incoadas y de las costas procesales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, WUENDI YOGENI GARCÉS DÍAZ presentó demanda contra INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo que inició el 13 de junio de 2017 en el cargo de *almacenista* con retribución de 1 SMLMV, que fue suspendido el 24 de abril de 2020 sin el pago de los salarios de “*mayo, junio, julio y agosto*” de 2020, y fue terminado el 1º de septiembre de 2020 unilateralmente, omitiendo los *diagnósticos padecidos* y el permiso del Ministerio del Trabajo. Adicionalmente, pide que se declare que la empresa no pagó la liquidación y que si bien dio orden para examen el médico de retiro, éste no fue realizado

pese a la asistencia de la trabajadora, quien a la fecha *no ha logrado conseguir trabajo debido a su condición de salud*. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene al reintegro sin solución de continuidad al cargo que ocupaba o a uno mejor y al pago de *“todos los derechos que se logren demostrar a lo largo del presente litigio”* debidamente indexados. En subsidio, pide que se condene al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 *“por despido sin justa causa”*, la *“liquidación de la trabajadora”*, los salarios de *“marzo (sic), abril (sic), mayo, junio, julio y agosto”* de 2020, y *“todos los derechos que se logren demostrar a lo largo del presente litigio”*, valores que deberán ser indexados.

Como fundamento de lo pedido, afirma que *tiene* un contrato de trabajo con la demandada desde el 13 de junio de 2017 en el cargo de *almacenista*, con un salario equivalente al SMLMV. Durante la relación informó su estado de gravidez en el mes de septiembre de 2017. Fue diagnosticada con preclamsia y perdió a su hijo el 16 de abril de 2018, por lo que la licencia de maternidad finalizó el 17 de julio siguiente. El 19 de septiembre de 2018 la demandada terminó su contrato de trabajo por su condición de salud, sin permiso del Ministerio del Trabajo, por lo que fue reintegrada por orden de tutela el 11 de mayo de 2019 con el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, pero sin el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Tenía diagnosticado -además- *síndrome de manguito rotatorio, hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, miomatosis uterina, osteoartritis y ovarios poliquísticos*. El 24 de abril de 2020 la demandada unilateralmente decidió la *suspensión* de su contrato de trabajo. No pagó los salarios de mayo a agosto de 2020. El 1º de septiembre de 2020 la demandada terminó unilateralmente su contrato de trabajo, *nuevamente* con omisión de sus padecimientos ni permiso del Ministerio del Trabajo, y no pagó la *liquidación* al finalizar el vínculo. La empresa dio orden de examen de retiro, pero éste no fue realizado cuando la trabajadora asistió a Umed Ltda. IPS. No ha logrado conseguir trabajo debido a su condición de salud. (Ver demanda en archivo 01 folios 1 a 9).

Notificada la admisión y corrido el traslado legal, INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S. contestó la demanda mediante apoderado, quien se opuso a la mayoría de las pretensiones, por considerar que muchas de ellas no corresponden a circunstancias que deban ser declaradas sino probadas a lo largo del trámite, excepto la declaratoria de la existencia de una relación laboral y la remuneración, aclarando que el primer vínculo inició el 21 de octubre de 2017. Afirma que la terminación del vínculo se dio en legal forma por la culminación de la obra o labor contratada, causal objetiva que no requiere *autorización gubernamental* y, en todo caso, la indemnización únicamente procede cuando existe pérdida de capacidad laboral superior o igual al 25%. Afirma que la demandante no informó de su estado de embarazo sino que fue requerida para el efecto por su *estado notorio*, y por ello fue reintegrada en enero de 2018 asignando funciones temporales a partir del 9 de enero de dicha anualidad. Agregó que el artículo 237 del CST contempla licencia de maternidad de 2 a 4 semanas cuando se presenta aborto o parto con bebé muerto, pese a lo cual la EPS otorgó licencia de 48 días. La actora no informó las demás condiciones de salud referidas en la demanda antes de la terminación del contrato y, por el contrario, según examen ocupacional del 1º de agosto de 2018 se obtuvo como resultado *apto para el cargo* sin ninguna restricción. Así mismo, y contrario a lo afirmado en el presente trámite y en la acción de tutela adelantada, el 29 de septiembre de 2018 a las 11:45 a.m., dentro del horario laboral, se le notificó la terminación de la obra contratada a la actora y de su contrato en la misma fecha, pese a que se negó a recibir el documento, por lo que se dejó constancia de su entrega por 2 testigos, y ese mismo día a las 3:04 p.m., fuera del horario laboral, le fue expedida incapacidad que fue notificada a la empresa. Pese a lo anterior, la empresa dio cumplimiento en la sentencia de tutela, efectuando el reintegro al mismo cargo, pero en un proyecto diferente, pues el anterior había culminado, para lo cual se realizó nuevo examen ocupacional el 10 de mayo de 2019 que señaló *“estado de salud sin restricciones para el cargo”*, con observaciones de no laborar en alturas ni espacios confinados ni realizar cargas de más de 15 kg. Posteriores exámenes de ginecología, obstetricia y visual señalaron estado normal sin alteraciones. La nueva obra contratada culminó el 1º de agosto de

2019, fecha en que se pagó la liquidación a la actora, lo cual se informó el 24 de julio previo, y se vinculó a un nuevo proyecto según contrato suscrito el 30 de julio de 2019. La trabajadora prestó sus servicios allí hasta la entrega del proyecto el 15 de febrero de 2020, momento en que se pagó la liquidación de prestaciones sociales correspondientes. El 17 de febrero siguiente se le notificó su *traslado* al área administrativa de la empresa y se suscribió contrato para actividad de *servicios generales*, para lo cual se tuvieron en cuenta las restricciones antes reseñadas. El 22 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional decretó el *aislamiento preventivo obligatorio*, lo cual afectó a la empresa al reducir sus ingresos hasta un 45% por no tener a la fecha proyectos constructivos contemplados en las excepciones del Decreto 457 de 2020. Pese a ello la sociedad garantizó todas las posibilidades de protección al empleo según la Circular 021 de 2020 de Ministerio del Trabajo, incluyendo el otorgamiento de vacaciones anticipadas a la actora, según comunicación del 24 de abril de 2020. Debido a las restricciones para trabajo en alturas y espacios confinados, la trabajadora no podía laborar en proyectos de construcción. Así mismo, sus labores no podían realizarse mediante teletrabajo. La sociedad suspendió el contrato según el artículo 51 numeral 1 del CST, por circunstancias de fuerza mayor. La trabajadora no presentó accidentes, enfermedades ni incapacidades de origen laboral, así como tampoco calificación de pérdida de capacidad laboral. El 1º de septiembre de 2020 se notificó a la actora la terminación del contrato de trabajo vía correo electrónico y se entregó autorización para el examen de retiro, que no se realizó por no presentarse la demandante dentro del término de 5 días hábiles que tenía para el efecto. El 10 de septiembre siguiente en la misma dirección electrónica, se notificó el pago de la *liquidación*. Señaló que durante el vínculo pagó todas las acreencias, así como la liquidación correspondiente a su terminación y los aportes a seguridad social durante el tiempo que estuvo suspendido el contrato, sin que en este último caso hubiera lugar al pago de salarios según los artículos 51 y 53 del CST. Propuso como *excepciones: pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación, buena fe, inexistencia de mala fe, prescripción e incumplimiento de los*

requisitos formales y legales para considerarse persona en condición de discapacidad. (Ver contestación en carpeta 06 archivo 01 folios 1 a 41).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de noviembre de 2021, en la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de tres contratos de trabajo entre las partes, CONDENÓ al pago de la indemnización por despido sin justa causa y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones principales y subsidiarias incoadas y de las costas procesales. Para tomar su decisión, consideró que no se encontraba acreditada la estabilidad laboral reforzada alegada, pues no se advierte que el empleador tuviera conocimiento de algún problema de salud de la trabajadora al momento de finalizar el vínculo, por lo que no había lugar a acceder a las pretensiones principales. En cuanto a las subsidiarias, advirtió que por las mismas razones no procede el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. La demandada allegó constancia de la consignación de la *liquidación* de acreencias. Señaló que se probó la circunstancia de fuerza mayor por el aislamiento preventivo decretado por el gobierno nacional que dio lugar a la suspensión válida del contrato de trabajo, por lo que no hay lugar a reconocer suma alguna por los salarios dejados de percibir en la medida en que no hubo prestación del servicio. Finalmente, en uso de las facultades extra y ultra *petita*, consideró que el último contrato suscrito por las partes no cumplía los requisitos para entenderlo celebrado por la duración de una obra o labor, por lo que tenía que entenderse a término indefinido, y al haberse finalizado sin justa causa, procedía el pago de la indemnización por despido. Sin costas, puesto que no prosperaron las pretensiones, y la condena obedece únicamente al uso de las facultades extra y ultra *petita*.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante la señora WUENDI YOGENI GARCÉS DÍAZ y la entidad llamada a juicio INGENIERÍA E INVERSIONES MPF existieron tres contratos de trabajo, en las siguientes fechas y modalidades: Un primer contrato a término por obra o labor*

determinado vigente entre el 21 de octubre del 2017 hasta el 29 de julio de 2019. Un segundo contrato vigente, por obra o labor, determinado vigente desde el 30 de julio de 2019 hasta el 15 de febrero de 2020. Y un último contrato a término indefinido desde el 17 de febrero de 2020 hasta el 31 de agosto de la misma anualidad, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte de la compañía llamada a juicio, según se expuso. SEGUNDO: CONDENAR a INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, a pagar a la señora WUENDI YOGENI GARCÉS DÍAZ la suma de \$877.803 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: ABSOLVER a INGENIERÍA E INVERSIONES MPF S.A.S., de las pretensiones principales y demás pretensiones subsidiarias planteadas en el escrito de demanda, conforme se expuso. CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.” (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 – archivo 21 Min. 45:20).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante considera que no existe *congruencia* entre los hechos de la demanda y lo dispuesto en la sentencia por desconocer la primacía de la realidad sobre las formalidades, como quiera que no es dable la *“revisión (sic) del contrato de manera unilateral por parte del trabajador (sic)”* para renunciar a sus derechos mínimos irrenunciables y, si bien el artículo 51 del CST permite la suspensión de contrato por razones de fuerza mayor, *jurisprudencialmente* ésta razón no permite la *“revisión del contrato”*, máxime cuando se afectó el mínimo vital de la demandante, por lo que se debe proceder al pago de los salarios sin prestación del servicio, los cuales se causaron durante la suspensión que obedeció una decisión de la demandada. Agregó que ésta además trató de *“falsear la verdad laboral”* en lo que respecta a la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor determinada, que se *demonstró* correspondía a un contrato a término indefinido y dio lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, condena

que ni riñe con el pago de los salarios reclamados (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 - archivo 21 Min. 47:30)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala, por no haber sido controvertidos a lo largo del proceso, o estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados: (i) que entre las partes existieron tres contratos de trabajo, los primeros dos de duración definida por la obra o labor contratada vigentes del 21 de octubre de 2017 al 29 de julio de 2019, y del 30 de julio de 2019 al 15 de febrero de 2020, y de término indefinido ejecutado entre el 17 de febrero y el 31 de agosto de 2020, en el cual la trabajadora devengó como contraprestación 1 SMLMV, que terminó decisión unilateral del empleador sin justa causa; (ii) que el 24 de abril de 2020 la empresa comunicó a la trabajadora la decisión de suspender el contrato de trabajo por *fuerza mayor o caso fortuito* a partir del 27 de abril siguiente y hasta la finalización de vínculo; y (iii) que la demandada pagó todos los salarios durante la vigencia del vínculo, con excepción de los que

¹ *“Muchas gracias su señoría por el uso de la intervención que voy a tener. Desde ya su señoría solicito al Honorable Juez de alzada se valore, ya que la congruencia en los hechos si bien se refirió la señora jueza a los mismos, según el artículo 281 del Código General del Proceso, no es menos cierto que se desconoció el artículo 53 constitucional referente a la primacía de la realidad sobre la formalidad en el sentido de que involucra el artículo 13, que es el mínimo de garantía; y el artículo 14, que es la irrenunciabilidad; y en ese artículo baso mi sustento referente a la revisión (sic) del contrato, según el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo. Si bien el artículo 51 nos habla de una fuerza mayor, jurisprudencialmente no se encuentra catalogado hasta el momento la fuerza mayor para realizar una revisión (sic) del contrato laboral de manera unilateral por parte del trabajador (sic). Da a entender ese despacho, con su respeto su señoría, y será la valoración del juez de alzada, que la trabajadora debe renunciar a esos derechos laborales a los cuales fue titular durante la revisión (sic) del contrato, afectando su mínimo vital, que es derecho fundamental constitucional establecido, y por ende considera este apoderado de la parte activa se debe reconocer los salarios dejados de percibir durante la suspensión del presente contrato. Además de eso trae consigo, ya que la obra y la labor fue demostrada (sic), que trató de falsear la verdad laboral que ocurrió entre las partes en disputa, logrando demostrar que existió un contrato a term... a término indefinido, no siendo menos cierto que aquí involucran el artículo 140 del Código Sustantivo que es el pago de los salarios sin la prestación del servicio del trabajador; y queda claro que hasta el día de hoy que se presenta ese fallo mi cliente dejó de trabajar por la decisión que tomó la parte pasiva y quedo demostrada que efectivamente tiene derecho al artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, no siendo excluyente ese con lo que otorga el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ende, solicito al juez de alzada se accedan a las pretensiones y hechos que está invocando el suscrito apoderado. Muchas gracias su señoría”.*

corresponderían al interregno de suspensión del contrato de trabajo (archivo 01 folios 39 a 42 y carpeta 06).

Se debe advertir que, contrario a lo manifestado en la apelación, en el presente trámite no se planteó, discutió ni evidenció la existencia de una *revisión* al contrato de trabajo², por lo que la Sala entiende que la inconformidad planteada se refiere exclusivamente a la *suspensión* de este³, que fue señalado en la demanda y lo resuelto en el fallo de primera instancia.

La controversia que puede estudiar el Tribunal por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: si hay lugar o no al pago de los salarios dejados de percibir durante el término de la suspensión del contrato de trabajo.

Para resolverla, los artículos 51, 52 y 53 del CST regulan la suspensión del contrato de trabajo y disponen sus efectos.

² CST: “Artículo 50. *Revisión*

Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor.”.

³ CST: “Artículo 51. *Suspensión*

El contrato de trabajo se suspende:

1. *Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
2. *Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*
3. *Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*
4. *Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*
5. *Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*
6. *Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*
7. *Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.”.*

Según el artículo 53, durante el lapso de suspensión se interrumpe la ejecución de las principales obligaciones que el contrato genera así: para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el empleador la obligación de pagar el salario y algunas de las prestaciones sociales que la ley contempla en su favor⁴.

A su vez el numeral 1º del artículo 51 permite la suspensión del contrato de trabajo cuando ocurre una *fuerza mayor* o un *caso fortuito* que impiden la ejecución del contrato, es decir, cuando ocurre una circunstancia *sobreviniente, imprevisible, irresistible y ajena a la intención o la culpa del empleador*. Sobre la materia se han pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º(...) Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la*

⁴ CST: “Artículo 53. Efectos de la suspensión

Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.”.

*existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor*⁵.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la sociedad demandada del pago de salarios, pues se encuentra demostrada la ocurrencia una situación de fuerza mayor o caso fortuito que impidió a las partes continuar la ejecución del contrato de trabajo, por las medidas gubernamentales asumidas para afrontar la *crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2*, situación imprevisible, irresistible y que no es atribuible al empleador, de la cual se deriva la suspensión de la obligación de prestar el servicio (para el trabajador) y la suspensión de la obligación de pagar el salario (para el empleador).

Sobre la ocurrencia de la circunstancia descrita con motivo de la pandemia de COVID-19, la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias T-279 y T-430 de 2021⁶, advirtió que la existencia de tal situación y las medidas preventivas de aislamiento asumidas por el gobierno desde principios del año 2020 constituyen un hecho notorio. El *coronavirus SARS-CoV-2* fue identificado por parte de la Organización Mundial de la Salud – OMS el 7 de enero de 2020, organización que solicitó a los países adoptar medidas para detener su transmisión y propagación el 9 de marzo siguiente, y declaró la enfermedad *COVID-19* como pandemia el 11 de marzo de dicha anualidad.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 16595 del 28 de noviembre de 2001, citada, entre otras, en las Sentencias Rad. 17570 del 29 de mayo de 2002, Rad. 44201 del 3 de diciembre de 2014 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, y SL3238-2020 Rad. 38639 del 26 de agosto de 2020 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

⁶ En ellas, entre otras, la Corte Constitucional hace un recuento de las medidas asumidas por el Gobierno Nacional para afrontar la *crisis sanitaria* ocasionada por el *SARS-CoV-2*.

En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social dio a conocer el primer caso del brote de la enfermedad en el país el 6 de marzo de 2020, a raíz de lo cual emitió la Resolución 385 de 2020 que declaró la *emergencia sanitaria* y adoptó medidas para prevenir y controlar su propagación. El 17 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional decretó el *estado de emergencia económica, social y ecológica* y dispuso ejercer las facultades contenidas en el artículo 215 de la Constitución⁷. Conforme a ello, el 22 de marzo de 2020 emitió el Decreto 457 mediante el cual determinó el *aislamiento preventivo obligatorio* de todos los habitantes del territorio nacional a partir del 25 de marzo de 2020. La medida inicialmente se prolongaría hasta el 13 de abril de 2020, pero se extendió sin solución de continuidad hasta el 1º de septiembre de 2020⁸.

⁷ Constitución Política: “Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”.

⁸ Ver Decretos 531, 593, 636, 689, 749, 847, 878 y 1076 de 2020.

Si bien desde el Decreto 457 de 2020 se contemplaron actividades *exceptuadas* de la medida de aislamiento, en lo que respecta al sector de construcción e infraestructura al cual pertenece la sociedad demandada (ver objeto social en certificado de existencia y representación legal – archivo 01 folios 13 a 20 y carpeta 06), inicialmente sólo se previó respecto de obras que por su avance o características presentaran riesgos de estabilidad técnica o la destinada para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria^{9,10}, pero a partir del 27 de abril de 2020 se extendieron las excepciones al aislamiento preventivo a todas las obras de infraestructura de vías y construcción de edificaciones y al suministro de materiales e insumos “*exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas*”¹¹. Finalmente, a partir del 1º de junio

⁹ Decreto 457 de 2020: “ARTÍCULO 3. *Garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:*

(...).

31. *La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.*

(...).

34. *La construcción de infraestructura de salud estrictamente necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.*

(...).”.

¹⁰ Decreto 531 de 2020: “ARTÍCULO 3. *Garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:*

(...).

20. *La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.*

21. *La construcción de infraestructura de salud estrictamente necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.*

(...).”.

¹¹ Decreto 593 de 2020: “ARTÍCULO 3. *Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:*

(...).

18. *La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas.*

de 2020 se amplió la excepción para todo el sector de la construcción, ejecución de obras civiles y remodelación de inmuebles¹², y se mantuvo sin modificación hasta el 1º de septiembre de 2020¹³, fecha en que terminaron las medidas de aislamiento obligatorio, como se indicó previamente.

Para “*proteger el empleo y la actividad productiva*” se expidió la Circular 021 del 17 de marzo de 2020 por el Ministerio del Trabajo, en la cual se incluyeron lineamientos para la implementación del *trabajo en casa*¹⁴, el *teletrabajo*¹⁵, la

19. La ejecución de obras de construcción de edificaciones y actividades de garantía legal sobre la misma construcción, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas.

20. La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.

21. La construcción de infraestructura de salud estrictamente necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria par causa del Coronavirus COVID-19.
(...).”

¹² Decreto 749 de 2020: “ARTÍCULO 3. Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

(...).

17. La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas.

18. Las actividades del sector de la construcción, ejecución de obras civiles y la remodelación en inmuebles, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas.

(...).”

¹³ Decreto 1076 de 2020: “ARTÍCULO 3. Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

(...).

17. La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas.

18. Las actividades del sector de la construcción, ejecución de obras civiles y la remodelación en inmuebles, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas.

(...).”

¹⁴ Ley 1221 de 2008 artículo 6 numeral 4: “Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio y en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual”.

¹⁵ *Ibidem* artículo 2: “una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la

*jornada laboral flexible*¹⁶, las *vacaciones anuales anticipadas y colectivas*¹⁷, y los *permios remunerados*¹⁸ o el *pago de salario sin prestación del servicio*¹⁹; y mediante la Circular 033 del 17 de abril de 2020, se dispusieron como mecanismos adicionales la *licencia remunerada compensable*, la *modificación de la jornada y concertación del salario*, la *modificación y suspensión de beneficios extralegales* y la *concertación de beneficios convencionales*. Para los demás casos, el Gobierno Nacional implementó medidas para proteger a la población en situación de desempleo o que hubieran visto disminuidos sus ingresos por el confinamiento²⁰.

Acorde a lo anterior, se advierte que la sociedad demandada en un primer momento y con la finalidad de *garantizar el empleo* de la trabajadora, dispuso otorgarle vacaciones anticipadas, según la comunicación del 27 de marzo de 2020, las cuales se prolongaron hasta el 17 de abril de 2020, y por ello se debía reincorporar a su lugar de trabajo el 18 de abril siguiente lo que no ocurrió, como se advierte del interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien manifestó que no volvió a prestar sus servicios desde el *20 de marzo de 2020* (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 - archivo 17 Min. 39:06), situación frenen a la cual la demandada continuó con el pago de salarios sin prestación del servicio, hasta el 26 de abril de 2020, tras haber comunicado previamente -el 24 de abril de 2020- la suspensión del contrato de trabajo a partir del 27 de abril siguiente (ver carta de comunicación de suspensión del contrato del 24 de abril de 2020 en carpeta 06).

información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”.

¹⁶ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 161 del CST.

¹⁷ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 186 del CST.

¹⁸ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 57 del CST.

¹⁹ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 del CST.

²⁰ Ver Decretos 488, 518, 558 y 770 de 2020.

Dicha suspensión del contrato de trabajo se encuentra ajustada a derecho, pues para la fecha persistía la restricción generalizada de circulación de personas, y estaban exceptuadas únicamente las actividades de intervención de obras civiles que por su naturaleza o estado de avance representarían riesgos estructurales, o las obras de infraestructura *necesarias* para paliar la pandemia, dentro de las que no se encontraban labores de *servicios generales* que eran las desempeñadas por la demandante (ver contrato de trabajo del 17 de febrero de 2020 en carpeta 06 y e interrogatorio de parte al señalar que prestaba servicios de aseo, limpieza y demás asociados (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 - archivo 17 Min. 39:06).

En respuesta a los argumentos de la apelación, nótese que, tal como lo afirmó la representante legal de la convocada a juicio en su interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 - archivo 17 Min. 20:52), antes de la suspensión del contrato de trabajo y ante la evidencia de una situación de fuerza mayor que impedía la ejecución del contrato de trabajo, la sociedad demandada buscó alternativas para evitar la suspensión o incluso la terminación del contrato de la demandante; a más de otorgar *vacaciones anticipadas* -del 27 de marzo al 17 de abril de 2020- y pagar algunos días de salario sin prestación del servicio -del 18 hasta el 26 de abril de 2020-, evaluó cada una de las alternativas dispuestas por el Ministerio del Trabajo en la Circular 021 de 2020, para concluir que por la naturaleza de sus labores no era viable la ejecución remota del trabajo en casa o de teletrabajo, ni la jornada flexible resultaba apropiada por su lugar de residencia y la ubicación de la empresa -el primero en Bosa y el segundo en el centro de la ciudad- que no prestaba servicio presencial alguno y por ello no requeriría servicios de aseo, argumento también aplicable a una eventual reducción de jornada de trabajo y remuneración que, por ser de SMLMV, no se podía reducir (ver carta de comunicación de suspensión del contrato del 24 de abril de 2020 en carpeta 06). De todo ello se deduce que la única alternativa que tenía frente al despido era la suspensión del contrato de trabajo, máxime cuando se advierte que a raíz de la pandemia la accionada tuvo una reducción del 45% en el promedio de sus ingresos entre marzo y agosto de 2020, según certificado emitido por

el revisor fiscal (ver certificado emitido el 30 de abril de 2021 por el revisor fiscal de Ingeniería e Inversiones MPF S.A.S. en carpeta 06) cuyo contenido se reputa cierto al no ser objeto de desconocimiento (artículos 51 del CPTSS y 272 del CGP).

Si bien se advierte que el sector de la construcción al que pertenece la sociedad demandada, como se dijo antes, fue uno de los primeros en reactivarse, lo cierto es que la labor de la demandante no tenía relación directa con dicha actividad, pues para el momento de la suspensión del contrato no prestaba servicios en alguno de los proyectos de construcción sino en la sede administrativa de la demandada (ver contrato de trabajo del 17 de febrero de 2020 en carpeta 06).

En tal sentido y sin perjuicio del posterior despido sin justa causa el 1º de septiembre de 2020, por el cual se emitió condena en primera instancia, la Sala considera que la suspensión del contrato de trabajo estuvo ajustada a lo dispuesto en el artículo 51 numeral 1º del CST, y no hay lugar a condena alguna al pago de salarios sin prestación del servicio (artículo 140 del CST).

COSTAS de esta instancia a cargo de la demandante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000) como agencias en derecho a cargo de la demandante.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ARMANDO JIMÉNEZ VÉLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y HECTOR ELIAS MEJÍA DUQUE (TERCERO AD EXCLUDENDUM).

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE el pasado 29 de julio de 2022 no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver, con el criterio mayoritario, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el interviniente *ad excludendum*, contra la sentencia dictada el 28 de octubre de 2021 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES y a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de pagar pensión de sobrevivientes a favor de los señores ARMANDO JIMENEZ VÉLEZ calidad de compañero permanente, y HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, cónyuge, de MARÍA ORFA ARISTIZABAL DUQUE.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ARMANDO JIMENÉZ VÉLEZ presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de HECTOR ELIAS MEJÍA DUQUE, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de sobrevivientes como compañero permanente de MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE, quien falleció el 12 de julio de 2017, y se disponga el pago retroactivo

de las mesadas causadas y no pagadas, con los reajustes anuales, las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que convivió con la causante desde el año 1983, procrearon un hijo, y compartieron techo, lecho y mesa, de manera interrumpida hasta el 12 de julio de 2017 cuando ella falleció. Asegura que MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE laboró por más de 20 años en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB, y que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES mediante Resolución 039532 de 2007 le reconoció una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.610.546 a partir del 13 de marzo de 2007. Indica que la causante contrajo matrimonio con HECTOR ELÍAS MEJIA DUQUE *quien se separó desobligándose* de su esposa y de sus hijos menores de edad. Señala tanto él como el cónyuge de la causante solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero a ambos les fue negada por COLPENSIONES (ver demanda folios 2 a 11).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que en la investigación administrativa realizada arrojó que *la parte actora pretende un derecho pensional que no le corresponde en cuanto no probó los elementos taxativos de la ley y la jurisprudencia*. Propuso como excepciones de mérito: buena fe, inexistencia del derecho, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación folios 70 a 73).

HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda. Señala que el demandante a la fecha de fallecimiento de MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE no convivía con ella, situación que la causante dejó plasmado en el acta notarial del 1 de agosto de

2001, porque se fue a atender su propia enfermedad en un lugar territorialmente distinto al de la pensionada. Refiere que contrajo matrimonio por el rito católico con la causante el 30 de diciembre de 1972, que procrearon dos hijos, y que mediante sentencia del 28 de marzo de 1987 expedida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá se decretó la separación de cuerpos y disolución de la sociedad conyugal que conformaron. Asegura que la causante vivió los últimos cinco años con sus hijos SANDRA PATRICIA MEJÍA ARISTIZAL y HECTOR ALEXANDER MEJÍA ARISTIZABAL. Solicita que se reconozca la pensión de sobrevivientes a su favor, como cónyuge supérstite de la causante, y por haber convivido con ella desde su matrimonio en 1972 hasta 1982 cuando se dio la separación de cuerpos (ver contestación folios 87 a 104).

A este expediente se acumuló el proceso de radicación 12 2019 00306 00¹ en el cual ARMANDO JIMENEZ VÉLEZ presentó demanda contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y HÉCTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, para que se le sustituya la pensión que le fuera reconocida por la ETB mediante Resolución No. 1363 del 28 de agosto de 1997 en cuantía inicial de \$720.036,13 (ver demanda folios 2 a 10, cuaderno 2).

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., contestó la demanda a través de apoderado judicial. No se opuso al reconocimiento de la sustitución pensional siempre que se acredite por parte del demandante que cumple los requisitos legales para acceder a la prestación, por cuanto le corresponde al juez definir a quién corresponde el mejor derecho o en qué proporción. Propuso como excepciones buena fe y genérica (ver contestación folios 76 a 82, cuaderno 2).

Notificado de esa demanda, HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE la contestó por intermedio de apoderado judicial en similares términos a los antes descritos (ver contestación folios 89 a 104).

¹ Por auto del 11 de mayo de 2020, esta Corporación revocó la decisión de la juez de primer grado y ordenó aceptar la acumulación del expediente con el proceso 12 2019 00306 00 promovido por el aquí demandante contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS (folios 150 a 155).

En audiencia del 4 de junio de 2021, se modificó la forma en que se vinculó al señor HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, para integrarlo como tercero ad excludendum (audiencia virtual, récord 11:01).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de octubre de 2021, a través de la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES y a POSITIVA de pagar pensión de sobrevivientes a favor de ARMANDO JIMENEZ VÉLEZ, en calidad de compañero permanente, y de HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, en calidad de cónyuge, de MARÍA ORFA ARISTIZABAL DUQUE. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que los señores ARMADNO JIMENEZ VELEZ y el señor HECTOR ELIAS MEJIA DUQE no son beneficiarios de la sustitución pensional pretendida respecto de la señora MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE (Q.E.P.D), conforme a las consideraciones dadas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: En consecuencia, ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. TERCERO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior en cuanto le resultado totalmente adversa a los intereses del demandante y el tercero ad excludendum.”* (Audiencia virtual, CD folio 166, minuto 20:16).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó, con relación a ARMANDO JINMÉNEZ VÉLEZ, que con los medios probatorios acopiados no se acreditó convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento de la causante y, por el contrario, las mismas daban cuenta que la relación de la pareja finalizó más de 5 años antes del deceso de MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE. Frente a HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, determinó que, si bien existió un vínculo matrimonial con la pensionada, este no hacía parte del núcleo familiar de la causante para el final de sus días, pues de acuerdo a las pruebas se

presentó la separación de bienes y de cuerpos en el año 1987 y no se acreditó que después de dicha data se hubiese mantenido un vínculo, o auxilio mutuo, o acompañamiento espiritual entre la pareja.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante asegura que la juez valoró de manera equivocada las pruebas, pues es claro que los testigos no conocen todas las situaciones que se presentan en la relación de María Orfa y Armando, ya que solo fueron compañeros de trabajo, y por el contrario su hija informó sobre lo que tenía conocimiento sin que se advierta algún tipo de interés. Estima que, si se hubieran estimado en conjunto estas declaraciones, se habría concluido la existencia de la relación, no solamente en los últimos 5 años sino por más de 30 años anteriores al deceso, así como la necesidad de la pareja de vivir entre Fusagasugá y Bogotá por la enfermedad que ambos tenían. Indica que ellos sí se separaron por algunos días por algunos problemas, pero arreglaron la situación. Advierte que debe tenerse en cuenta que POSITIVA no se opuso a las pretensiones de la demanda² (Audiencia virtual, CD folio 166, minuto 21:29).

² “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación a la decisión recién proferido por el a quo en el que niega las pretensiones de la demanda por lo que desde ya me permito sustentar el recurso de la siguiente manera: Solicito entonces atentamente a la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Superior de Bogotá tenga a bien revocar íntegramente la decisión de primera instancia, y en su lugar acoger las pretensiones de la demanda introductoria. En efecto, no acierta la primera instancia cuando niega las pretensiones de la demanda toda vez que tenemos en cuenta que el señor Mejía Duque aquí demandado (...) repito en efecto no acierta la primera instancia cuando niega las pretensiones de la demanda introductoria si tenemos en cuenta que el señor Mejía Duque demandado acá, por ninguna parte expresó al contestar la demanda que convivió con la causante tal como lo dijo el a quo en su decisión, sin embargo, al referirse a la parte correspondiente al señor Armando Jiménez Vélez, valor las pruebas del señor Jiménez Vélez en forma equivocada, toda vez que sus compañeros efectivamente en momentos que no conocían situaciones, porque es que los testigos no tienen por qué conocer todas la situaciones rara vez, encontrar un testigo que sepa todas las situaciones dentro de un proceso porque eso daría sospecha de que está preparando o que se yo, lo que sé es que yo no conocía a los señores hasta donde yo sé ellos eran compañeros de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, no de Telecom y que por supuesto uno como compañero conoce muchas situaciones pero no todas, de ahí que se equivocó el a quo cuando valora las declaratorias declaraciones perdón de los testigos, los testigos que son compañeros o fueron compañeros tanto de Orfa como de Armando y es que ellos efectivamente no podían saber lo que pasaba antes de la relación que tenían Armando y Orfa, porque no los conocían, es decir no tenían conocimiento de la relación de ellos, quien si conocía de la relación de ellos era su hija, y su hija de la misma forma contestó lo que puede

contestar, lo que tiene conocimiento y en una forma en que no tiene interés si no solamente por hacer parte del llamado del proceso a declarar como testigo en lo que conoce pues ella lo dice, considero que si valoramos la prueba junto con las declarantes anteriores, pues ellos declararon lo que tenían que decir, declararon efectivamente que no, el señor Armando efectivamente se conocieron trabajando que vivieron su vida durante los años que estuvieron trabajando en la E.T.B y de ahí que dieron testimonio claro de que era la relación que tenían tanto doña Orfa como Armando, y aclararon la situación de que los dos tenían enfermedades terminales, cáncer, lo que es más don Armando tuvo cáncer y se le descubrió el cáncer antes de que se lo descubriera a doña Orfa y estando en Bogotá ellos tuvieron la situación de tratar el tema de don Armando posteriormente fue que apareció la enfermedad de doña Orfa y doña Orfa se le hizo el tratamiento efectivamente en Fusagasugá, sitio donde también estaba viviendo con doña Orfa pero ya no de la misma forma, sino pernoctando en algunas ocasiones porque es que es que lo de él también era grave, tenía que seguir un tratamiento supremamente grave de colon y el que haya fallecido doña Orfa bien pudo haber sido don Armando y la situación fue lógica de que los dos acordaron de que cada uno se cuidaba y el mejor sitio de doña Orfa fue Fusagasugá, de ahí que como dice el despacho si la hija de don Armando al declarar dice que si conoce el sitio, que los visitó, de ahí que las fotografías que se presenta demuestran que sí, que no solamente eran en los últimos cinco años sino en todo el tiempo. De otro lado pues si claro se presenta un documento de que posteriormente yo le pregunté a Don Armando, don Armando como es que ustedes se separaron, como es que doña Orfa dice que tiene que retirar porque usted no están conviviendo, no realmente fue una situación que se vivió como se vive en todas las relaciones, pero no, fue un momento de disgusto, que si se separaron por algunos días pero ellos volvieron nuevamente y rehicieron su vida lo que sí es demasadamente peligroso, lo que sí es demasadamente denigrante es que la familia a quien yo precisamente tache, hubieran dicho todo lo que dijeron, porque es que lo que dijeron si hubiera sido que si efectivamente había sucedido situaciones algo parecido pero no es que ellos se inventaron muchas situaciones que nunca existieron y más grave que hayan llevado a su hija Geraldine a quien don Armando adora y adoraba y seguirá adorando porque yo le dije cómo es posible que usted me dice que esa niña lo adora que prácticamente da la vida por usted, porque usted también piensa lo que es, como es esa declaración de Geraldine al contrario y me dice Doctor no se le digo yo como voy a tratar entonces de que la cosas se lleven por el lado penal porque bordean, bordean esencialmente los límites penales esos testimonios, esos testimonios están por todo lado un falso testimonio y gravísimo un fraude procesal, es gravísimo si no se hace no es porque yo no quiera, si no es porque quien manda en el proceso es don Armando Jiménez y no lo quiere hacer pero yo estoy haciendo todo lo posible, si no que por la pandemia no puedo estar hablando con el todo los días y este no es el único proceso que tengo, pero don Armando en su gran corazón no quiere hacer nada, entonces dijo si eso es lo que querían ellos pues que diga doctor porque yo que hago las situaciones son dadas, entonces yo considero que se demostró hasta la saciedad y efectivamente que mi poderdante fue quien convivió con la causante desde mediados del año 1985 hasta fecha del fallecimiento, compartiendo techo, lecho y mesa a tal punto que en octubre del 86 procrearon efectivamente el hijo que nombró el despacho, como consecuencia de esa unión, lo que conlleva igual que se prodigaron ayuda mutua recíproca, fidelidad correspondía convivencia en entre los 2 por el tiempo acabado de mencionar. En la misma manera la demandada POSITIVA en esencia no se opuso a las pretensiones que se formularon dentro de este proceso, solamente alegó que su entidad no se encontraba autorizada para reconocer del derecho pensional cuando se presenta el conflicto entre varias personas que reclaman un mismo derecho luego por este aspecto tampoco existe la situación que se mencionaba. No existe entonces controversia de parte de esta demandada, en este orden de ideas los extremos de convivencia bajo el mismo techo se encuentran probados por más de 30 años anteriores la fecha del fallecimiento de la causante y llena los requisitos, dentro de esas cosas no es que sea tan estrictamente necesario y se de en tener en cuenta, no es exigido por la norma positiva cuando en medio de esa unión marital se han procreado hijos, como es el caso en el que nos ocupamos. En estos términos dejo, extrañado, mi desacuerdo a la sentencia y reiterando que me permitiré ampliar ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá este recurso su señoría, muchas gracias”.

La apoderada de HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, pide que se le reconozca como beneficiario de la prestación, por cuanto acreditó el único requisito exigido, esto es, la convivencia de 5 años en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que convivió con la causante desde el 30 de diciembre de 1972 hasta el 27 de mayo de 1987 y que, si bien hubo una separación de cuerpos, no se liquidó *la sociedad patrimonial*. Pide que se evalúen nuevamente las pruebas de las que se evidencia que sí estuvo presente durante todo el tiempo y se prestó ayuda mutua³ (Audiencia virtual, CD folio 166, minuto 33:50).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia (i) que MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE falleció el 12 de julio de 2017 (folio 30); (ii) que para la fecha de su deceso gozaba de pensión de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) mediante Resolución No. 039532 de 2007 (folio 41 y vto.) y de una pensión de jubilación otorgada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. mediante Resolución No. 1363 del 28 de agosto de 1997 (folios 13 a 16, Exp. 12 2019 00306); (iii) que la ETB S.A. E.S.P, a través del seguro de pensiones con conmutación pensional, trasladó el pasivo pensional a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a partir de septiembre de 2013 (ver CD folio 83, ibidem); (iv) que HÉCTOR ELIAS MEJÍA DUQUE contrajo matrimonio con la causante el

³ “Su señoría interpongo recurso de apelación con el fin de que se modifique la sentencia en cuanto al no reconocimiento como beneficiario de mi representado teniendo en cuenta aspecto fácticos y legales que son favorables para mi representada y que corresponden a la siguiente y que su señoría no tuvo en cuenta: Mi representado convivió con la señora Orfa Aristizabal desde el 30 de diciembre de 1972 hasta el 27 de mayo de 1987, tal y como consta en la misma sentencia a la que hizo mención su señoría es decir, convivieron por 15 años, 1 mes y 15 días. En la misma sentencia indica que corresponde a una separación de cuerpos pero no una liquidación de la sociedad patrimonial continuando está vigente en el tiempo, cumpliendo con lo mencionado en la sentencia SL -1399 del 2018 de la Corte Suprema de Justicia que indica de manera expresa que con la separación de cuerpos sólo se extingue el deber de cohabitación y no es obstáculo para que el consorte que haya convivido la causante por 5 años en cualquier tiempo acceda a la prestación, cumpliendo así mi representada con los requisitos mencionados por la norma. Se solicita al Tribunal evalúe de manera cuidadosa y técnica los documentos y los testimonios en los cuales se evidencia que mi representado sí estuvo presente durante todo el tiempo y prestó ayuda mutua, tal y como lo menciona en su testimonio, teniendo claro que la norma indica de forma expresa que el único requisito es la convivencia de 5 años en cualquier momento. Muchas gracias su señoría”.

30 de diciembre de 1972 (folio 106) y que dicho vínculo fue objeto de separación de bienes y cuerpos y la sociedad conyugal fue decretada disuelta mediante sentencia del 21 de mayo de 1987, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (folios 112 a 114).

El Tribunal debe definir si se causó o no el derecho a pensión de sobrevivientes (por sustitución pensional) que reclaman ARMANDO JIMÉNEZ VÉLEZ y HÉCTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, al cónyuge o al compañero permanente supérstite de la pensionada, si acreditan haber hecho vida marital con la causante hasta su muerte y haber convivido con ella por un período no inferior a cinco años antes del óbito.

Sobre el requisito de convivencia cuando existe cónyuge con separación de cuerpos la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación con base en esta parte de la norma, si demuestran la convivencia por 5 años en cualquier época dentro del matrimonio⁴, al margen de que exista compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional en el momento del fallecimiento⁵. Sin embargo, la norma exige que la sociedad conyugal se encuentre vigente o no disuelta (inciso segundo literal B, artículo 13 de la Ley 797 de 2003).

Sobre la vigencia y contenido de la norma referida, en la sentencia C-515 de 2019 la Corte Constitucional dispuso, con efectos de Cosa Juzgada Constitucional y por ello de obligatorio acatamiento para todos los jueces, que el requisito señalado se encuentra vigente y explicó que con ello “*el legislador*

⁴ Sentencia del 5 de junio de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

⁵ Sentencia del 24 de enero de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 41637 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal". Declaró constitucional el aparte normativo, pues el *"requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite"* (sentencia C-515 de 2019, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO).

A las consideraciones de la Corte, agrega esta Sala el criterio que ha expresado desde siempre en la materia, según el cual, la separación de cuerpos implica un distanciamiento en la vida afectiva de la pareja que integró una familia, pero bien puede subsistir el derecho a la pensión cuando, pese a ello, se mantiene una *comunidad económica*, y este hecho solo se puede expresar jurídicamente con la subsistencia de la sociedad conyugal pese al distanciamiento físico.

En todo caso, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia se debe demostrar claramente en el proceso, pues la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), y por ellos las pruebas deben ser evaluada en cada caso pues *"pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua"* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. C CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con estas reglas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado en conjunto la totalidad del acervo probatorio arrimado al trámite y practicado en audiencias, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la calidad de beneficiarios de las sustituciones pensionales tanto al demandante como al interviniente ad excludendum, pues (i) la sociedad conyugal de la causante con HÉCTOR ELIAS MEJÍA DUQUE se encontraba disuelta y (ii) ARMANDO JIMÉNEZ VÉLEZ no demostró convivencia con la causante dentro de los 5 años previos al deceso, en los términos contemplados en la norma y en la jurisprudencia citada, esto es, conformando un núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*.

(i) Frente a la primera conclusión, para abundar en razones y responder a las interpretaciones que estimen inaplicable el criterio normativo sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional, la Sala encuentra de todas formas en el caso bajo estudio, que la separación de bienes coincide con la separación de cuerpos de la pareja, situación sobre la cual declaró el propio HECTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE (Audiencia virtual del 4 de junio de 2021, parte II, récord 31:03), así como HECTOR ALEXANDER MEJÍA (parte V, récord 00:29, ibidem) y SANDRA PATRICIA MEJÍA ARISTIZABAL (parte VI, récord 00:32, ibidem), hijos de la pareja, quienes indicaron que desde el año 1987 se separaron y desde allí no volvieron a convivir. No bastaba para acceder a la prestación de sobrevivencia que la pareja hubiera mantenido una relación amigable y cordial después de la separación, que es lo que se evidencia del interrogatorio rendido por el interviniente.

(ii) Frente a ARMANDO JIMENEZ VÉLEZ quien alega la condición de compañero permanente de la causante hasta la fecha de su deceso -12 de julio de 2017- y haber iniciado la convivencia a partir de 1983, los testigos HÉCTOR ALEXANDER MEJÍA y SANDRA PATRICIA MEJÍA ARISTIZABAL, hijos de la causante y de HÉCTOR ELÍAS MEJÍA DUQUE, fueron contestes en señalar que si bien la pareja convivió por muchos años, 6 o 7 años (antes del fallecimiento) se habían separado debido a los malos tratamientos que su

progenitora recibió por parte del demandante, además, dicen, porque él se encontraba viviendo con otra persona. Así, indicaron que su madre vivió los últimos años sola en una casa en la ciudad de Fusagasugá, y que cuando su condición de salud se complicó fue Sandra Patricia quien principalmente la acompañó a citas médicas y demás necesidades. De esta situación también dio cuenta GERALDINE BÁEZ MEJÍA, una de las nietas de la causante, quien, aunque no precisó desde que época, sí señaló que su abuela vivía sola y que se había separado de ARMANDO a quien se refería como el *innombrable*.

Como indicios de credibilidad de estos deponentes, se encuentra la historia clínica de la señora MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE (folios 33 a 36), en los que figura como responsable SANDRA MEJÍA. Además, el acta notarial del 1 de agosto de 2001 en la que la causante manifestó bajo la gravedad del juramento, que *“no convivo con el señor ARMANDO JIMENEZ VÉLEZ identificado con la C.C. No. 3.072.202 de la Mesa (Cund.), por lo tanto es mi deseo desafiliarlo de cualquier entidad donde figure como mi beneficiario”* (folio 117), y la comunicación del 19 de febrero de 2004 dirigida al Comandante de la Estación de Policía de la Mesa, suscrita por el Comisario de Familia, en la que se solicita *“brindar protección a la señora MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE, quien ha sido víctima de agresiones verbales, físicas, ofensas y amenazas graves por el señor ARMANDO JIMENEZ VELEZ”* (folio 165).

No resultan útiles, para acreditar convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento de la causante (entre julio de 2012 y julio de 2017), las declaraciones de los testigos MIGUEL OLAYA JIMÉNEZ y CARLOS ARTURO PATARROYO (partes 9 y 11 de la audiencia del 4 de junio de 2021). El primero, dijo conocer a la pareja desde hace más de 35 años porque fueron compañeros de trabajo en la ETB, sin embargo, aunque sostuvo que le constaba que ellos convivieron hasta el fallecimiento de MARIA ORFA, nunca visitó la vivienda donde supuestamente vivían en Fusagasugá ni conoció los familiares de la fallecida, particularmente a sus hijos, a excepción del que tuvo en común con ARMANDO, en su relato, en realidad, se refirió a la época en

que trabajaron en la ETB que lo fue hasta antes del 2000. Además, el tiempo que compartió con la pareja fue esporádico.

CARLOS ARTURO PATARROYO, también fue compañero de trabajo de MARIA ORFA y ARMANDO y aunque dijo que sabía que ellos *siempre* habían estado juntos, reconoció que hacía más de 10 años que no veía a la causante, de hecho, no se enteró de su fallecimiento sino mucho tiempo después, por lo que no sabe si de unos 10 o 5 años para acá ARMANDO tiene o no una nueva relación.

Tampoco el testimonio de RUTH JULIETH JIMÉNEZ DELGADO (parte 10, audiencia del 4 de junio de 2021), hija del demandante y cuya declaración debe valorarse con mayor rigor, pues esta señaló que la pareja conformada por MARIA ORFA y ARMANDO JIMÉNEZ vivía tanto en Bogotá como en Fusagasugá, que tenían dos casas, lo cual ocurrió por el estado de salud de su progenitor, quien recibía tratamiento para un cáncer en la ciudad de Bogotá mientras que la causante decidió quedarse en Fusa y tratar su enfermedad desde allá, pero que aun así, cada fin de semana Armando iba donde María Orfa. Esta declaración no guarda consistencia con el dicho de la parte actora en su interrogatorio, pues allí claramente manifestó que la señora ARISTIZABAL vivía en Fusagasugá y que él la visitaba *cuando podía*.

Es por todo lo anterior que, se itera, no se encuentra probada la existencia de una relación de convivencia entre el demandante y MARIA ORFA ARISTIZABAL DUQUE en los 5 años anteriores al deceso de la causante, y por ende no hay lugar al reconocimiento de la sustitución pensional que reclama el demandante.

COSTAS en la apelación a cargo de los recurrentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de los recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
SALVO VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) a cargo de cada uno de los recurrentes, como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MAURICIO SALAZAR LOSADA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 9 de agosto de 2022 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de pagar pensión de vejez de alto riesgo por desempeñar actividades como aviador civil.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MAURICIO SALAZAR LOSADA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor pensión especial de vejez por prestar sus servicios en actividades de alto riesgo, a partir de las 1029 semanas cumplidas de cotización, incrementos legales y convencionales, intereses e indexación. Como fundamento de sus pretensiones afirma que ha laborado y cotizado como aviador civil al servicio de las empresas Armocol y Avianca S.A., desde el 18 de noviembre de 1980, ha cotizado con salarios desde \$136.290 hasta \$13.776.000, cuenta 1226 semanas cotizadas a Colpensiones, es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas con Sam-Avianca las cuales admiten

que su labor es de alto riesgo, por lo que le reconocen diversos beneficios y limitaciones. Dice que se ha dedicado de manera exclusiva a la actividad *piloto de aeronaves*, que considera de alto riesgo, no sólo por poner la vida en peligro sino por generar “*disminución de la vida saludable y de la necesidad de retiro de las funciones laborales*” conforme al Decreto 2090 de 2003, en concordancia con el Decreto Ley 1295 de 1994. Solicitó ante la demandada la pensión de alto riesgo en aplicación a la Sentencia C-093 de 2017, la cual fue negada. (Ver demanda en archivo 01 folios 2 a 11).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Aceptó algunos hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la actividad desarrollada por el actor no corresponde a aquellas consideradas de alto riesgo en el Decreto 2090 de 2003 modificado por el Decreto 2655 del 17 de diciembre de 2014, resaltando que la sentencia C-093 de 2017 se declaró inhibida en cuando a la exequibilidad de los artículos 1 y 3 del Decreto 2090 de 2003 y, en cambio, sí declaró exequibles los numerales 1 y 3 del artículo 8 *ibídem*. En todo caso, estima improcedente el reconocimiento de intereses moratorios pues de proferirse condena se habrían demostrado los requisitos legales en el presente proceso y no en el trámite administrativo. Propuso como excepciones de mérito: *carencia de causa para demanda, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, prescripción e innominada o genérica*. (Ver contestación en archivo 11 folios 2 a 10).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de agosto de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Para tomar la decisión, señaló que no se encuentran acreditados los requisitos para acceder a la pensión especial de aviadores civiles, así como tampoco aquellos para acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo, pues las actividades que desarrolló el demandante no se pueden equiparar a actividades peligrosas que tienen protección por parte de las ARL en un régimen distinto, y tampoco se probó que en el desarrollo de las mismas se

estuviera expuesto a radiaciones ionizantes o sustancias peligrosas que dieran lugar a la aplicación normativa pretendida.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de carencia de causa para demandar formulada por la demandada, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante MAURICIO SALAZAR LOZADA. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 2 SMLMV. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al Superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”* (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2022 – archivo 16 Hora 1:22:11).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta*, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La demanda que dio inicio al presente proceso persigue el reconocimiento de una pensión especial de vejez por los servicios que ha prestado el demandante como aviador en aerolíneas civiles, con cotizaciones a COLPENSIONES, pues considera que dicha actividad es de *alto riesgo*.

La Sala estudiará la pretensión pensional del demandante (i) al amparo de las normas que regulan el régimen de los aviadores civiles, y (ii) de las normas que regulan las pensiones de alto riesgo.

(i) RÉGIMEN DE LOS AVIADORES CIVILES. Para decidir sobre la pensión al amparo de las normas que regulan el régimen de los aviadores civiles, el Tribunal seguirá el criterio que ha venido expresando en providencias anteriores sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005¹. Según dicho criterio los regímenes especiales en materia pensional fueron terminados por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política.

Por ello las pensiones especiales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro, por ausencia de fundamento normativo. Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el régimen especial estipulaba para causar la pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no se podía derogar por normas posteriores.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, encuentra el Tribunal que el artículo 3 del Decreto 1282 de 1994 estableció dos formas de acceso a la pensión especial de aviadores: i) Mediante transición normativa, estos servidores podían reclamar pensión especial con los requisitos del Decreto 60 de 1973², siempre y cuando para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 40 años de edad y 10 años de servicios, condiciones que no fueron cumplidas por MAURICIO SALAZAR LOSADA, pues para la fecha referida tenía 32 años de edad -nació el 1° de

1 Providencia del 26 junio 2012, Exp. 04 2012 00059 01 de Lucila León Gómez contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia M.P. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 29 de agosto de 2012, Exp. 09 2011 00774 01 de Mariana Sánchez González contra la ETB M.P. DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN; Providencia del 18 septiembre 2012, Exp. 24 2011 00872 01 de Diógenes Duarte Fuentes contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia M.P. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 14 febrero 2017, Exp. 04 2015 00988 01 de Aura Marleny Fonseca contra la UGPP, M.P. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

² “[A] cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes al CAXDAC” (artículo 4 del Decreto 1282 de 1994).

diciembre de 1961- (expediente administrativo – carpeta 12) y sólo contaba con 17,14 semanas de cotización o de servicios con anterioridad al 1° de abril de 1994 (*ibídem*) para la empresa Armocol, sin que se advierta que ésta sea una compañía que preste servicios aeronáuticos. En la historia laboral actualizada de Colpensiones, consta que la afiliación se realizó el 18 de noviembre de 1980 (*ibídem*). La otra forma de acceso a la prestación ii) para *aviadores civiles* que no se beneficiaron del régimen de transición, la consagra el artículo 6° del Decreto 1282 de 1994 que dispone el acceso a la pensión especial completando el tiempo de cotización establecido para las pensiones de vejez en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 del 1993, una vez se cumplieran 55 años de edad. Este último requisito podía reducirse un año por cada sesenta (60) semanas de cotización o de servicios prestados adicionales a las semanas mínimas, sin que pudiera reducirse a menos de 50 años. Cabe advertir, que la densidad mínima a la que se refiere la norma fue modificada por la Ley 797 de 2003³, de lo cual surgen dos interpretaciones posibles: entender que la reducción de la edad procede a partir de 1000 semanas como decía el texto original de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, o entender que la reducción de la edad procede a partir del mínimo de semanas que regula la Ley 797 de 2003. Dicha discusión fue zanjada por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2011 en la cual se acogió la segunda interpretación referida, de lo cual resulta como mínimo de semanas a partir del cual se aplica la reducción en la edad, el número que regula la Ley 797 de 2003. Estas condiciones tampoco fueron cumplidas por el demandante antes del 31 de julio de 2010, momento en el que las pensiones especiales perdieron vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005⁴, pues además de que se afilió el 18 de noviembre de 1980 al Sistema General de Pensiones administrado por

³ Pese a que en la norma se señalan la densidad de semanas mínimas para acceder al derecho 1000, dicha densidad fue modificada por la Ley 797 de 2003.

⁴ Sobre la extinción de los regímenes especiales por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, resulta particularmente claro el texto del parágrafo 2º transitorio de dicha enmienda constitucional, al disponer que: “la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”.

el ISS, hoy COLPENSIONES⁵, sólo tenía para ese momento 561,45 semanas de cotización y 48 años de edad, según se observa en la historia laboral actualizada de Colpensiones (expediente administrativo – carpeta 12).

(ii) PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. Para definir si procede el reconocimiento de la pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo para la salud, se debe advertir que las normas que regulan la materia (Decreto 780 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003) definen como actividades de alto riesgo, entre otras, las que realicen “[t]rabajos con exposición a radiaciones ionizantes”, y las actividades que se realicen “[e]n la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil”.

En cada una de estas normas (Decreto 780 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003) se establecen escenarios que permiten anticipar o disminuir el requisito de edad para causar la pensión de los trabajadores que asumen un riesgo adicional en su salud por las condiciones en que deben desarrollar el trabajo, con lo cual se limita en el tiempo la exposición a las sustancias o actividades que les son perjudiciales. Para sufragar los costos que implica el anticipo de estas pensiones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

Bajo esta regulación, a este proceso judicial que pretende el anticipo de la prestación se debió aportar prueba suficiente del desempeño de la actividad

⁵ El artículo 8 de la Ley 1282 de 1994 establece que los aviadores que ingresen al Sistema General de Pensiones con posterioridad al 1° de abril de 1994, se regirán por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.

de técnico aeronáutico con funciones de controlador de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, o de exposición a un riesgo en la salud por la exposición a sustancias peligrosas para lo cual la evidencia debe demostrar que la sustancia es peligrosa y que el trabajador estuvo expuesto a ella en su sitio *específico* de trabajo.

Sobre esto último, el Decreto 2090 de 2003 estableció los criterios que se deben seguir para determinar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo. Norma que fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO) en la cual la Corte advirtió claramente que *“[l]a inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”*.

En este orden de ideas la evidencia aportada a un expediente para demostrar la exposición a sustancias peligrosas debe acreditar con criterios técnicos y objetivos la presencia del riesgo en la salud del trabajador en el sitio específico en el cual prestó el servicio. La carga de aportar dicha prueba la tiene quien reclama las consecuencias jurídicas del riesgo, es decir la parte demandante, en los términos del artículo 167 del CGP.

Con estas reglas y una vez revisado el expediente, la Sala no encuentra evidencia de que el actor hubiera laborado con exposición a *radiaciones ionizantes* en los sitios en los que trabajó, ni que hubiese desempeñado la *actividad de técnico aeronáutico con funciones de controladores de tránsito aéreo*.

La certificación aportada al plenario únicamente da cuenta de que se desempeña como *Piloto B787* desde el 11 de octubre de 1994 a la fecha de

su expedición -9 de noviembre de 2017- (ver certificación emitida por Avianca S.A.– archivo 01 folios 14 a 16); y ninguna evidencia se allegó sobre exposición a sustancias *peligrosas* en el sitio específico de trabajo.

Se confirmará entonces la sentencia apelada que llegó a igual conclusión, advirtiendo que la sentencia C-093 de 2017 -cuya aplicación reclama la parte actora- no se pronunció sobre los artículos 1° y 2° del Decreto 2090 de 2003, normas que definen las actividades de alto riesgo, porque no encontró elementos suficientes para establecer que los aviadores en general se encuentren expuestos a niveles de *radiación ionizante* que superen los estándares generalmente aceptados.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA TERESA ALARCÓN RUIZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 d la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 11 de agosto de 2022 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que ABSOLVIÓ a COLPENSIONES del reconocimiento de una pensión de vejez, retroactivo, intereses moratorios e indexación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA TERESA ALARCÓN RUIZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reconocimiento de la pensión de vejez *con la norma que resulte más favorable*, las mesadas causadas retroactivamente, intereses moratorios e indexación. Como fundamento de lo pedido, afirma que nació el 3 de abril de 1961, el 7 de junio de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez que fue negada mediante Resolución SUB 163303 del 20 de junio siguiente por no reunir las 1300 semanas señaladas en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, frente a lo cual interpuso los recursos de reposición y apelación el 12 de julio de 2018, el último de los cuales fue resuelto en su contra mediante Resolución DIR 17674 del 2 de octubre siguiente. Su inconformidad se centra

en que no se tuvieron en cuenta los ciclos 1, 3 a 6 y 8 de 1999, 1 a 3 y 10 a 12 de 2000, 1 a 12 de 2001, 1 a 6, 8 y 10 a 12 de 2002, 2, 3, 5 a 7 y 10 a 12 de 2003, 10 a 12 de 2004, 4 de 2005, 11 de 2006 y 8 de 2007, que debieron ser pagados por la sociedad ASESORÍAS CASIN LTDA. que suman 248,82 semanas (Ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 3 a 12 y 16 a 25).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Admitió la mayoría de los hechos, y se opuso a las pretensiones afirmando que el número de semanas reportado en la historia laboral de la actora resulta insuficiente para acceder a la prestación pretendida. Resaltó que la entidad no se encontraba obligada a adelantar acciones de cobro por periodos respecto de los cuales no tenía certeza de la existencia de una relación laboral por parte de la actora, sumado a que la requirió a efecto de corregir las inconsistencias en su historia laboral, requerimiento que no fue atendido. Finalmente señaló que no procederían los intereses de mora, ya que para que se causen debe haber una pensión legalmente reconocida y presentarse mora en el pago de las mesadas, lo cual no ocurrió. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción y buena fe* (Ver contestación en carpeta 01 archivo 01 folios 57 a 68).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de agosto de 2022 por la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pretensiones incoadas. Para tomar la decisión advirtió que, si bien en casos similares ha señalado que la entidad debe allanarse a la mora, en el presente asunto no hay certeza acerca de la existencia de la relación laboral para los ciclos reclamados y no es dable aplicar dicha figura jurídica, excepto para algunos periodos de 1998 y 1999 que no se tuvieron en cuenta por la demandada según se advierte en la historia laboral, pero que resultan insuficientes para acceder al reconocimiento pensional reclamado.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA TERESA ALARCÓN RUIZ. SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante. Líquidense como agencias en derecho la suma de \$100.000. TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, a favor de la demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.”* (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2022 – carpeta 15 archivo 01 Min. 34:20).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante asegura que el despacho *echa de menos* que en la historia laboral aparecen registrados aportes efectuados por ASESORÍAS CASIN tanto en una afiliación inicial como en al momento del reporte de la fecha de retiro, que no se puede ahora desconocer la relación laboral y señalar que el verdadero empleador fue otra sociedad no vinculada al proceso, ello sería equivalente a *pensar* que se prestó para una simulación de un contrato -dice-. Conforme a esto, al evidenciar los extremos del contrato en la historia laboral y la negligencia por parte de la administradora en adelantar las acciones de cobro respectivas se deben reconocer los tiempos anotados en la historia laboral (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2022 – carpeta 15 archivo 01 Min. 35:09)¹.

¹ *“Si su señoría voy a presentar el recurso de apelación. Presento recurso de apelación y lo sustento de la siguiente manera: el despacho está echando de menos que de verdad existió una prueba contundente de la relación de trabajo que existió entre la demandante y la sociedad, Asesorías Casin, y tal como lo menciona la sentencia en sus consideraciones no existe una novedad de retiro para los periodos en que se están reclamando, que no hubo pago con no hubo novedad de retiro se debe entender que en la realidad de los hechos la demandante siguió trabajando, estuvo trabajando durante todo ese periodo de tiempo, y no puede tampoco aliviar el despacho que hay una, incertidumbre sobre quién fue el real empleador de la demandante por cuanto es claro que sí existió una relación para los periodos para los periodos reclamados para los periodos, iniciar con Asesorías Casin final, como lo menciona en sus consideraciones se debe entender que ese fue el real empleador y no lo la que ahora se trae a colación por parte de las de las de la sociedad, Asesorías Casin es en ese sentido en que el despacho echa de menos esa esa prueba, porque si uno una cotización durante 2 periodos quiere decir durante un perdón durante una cotización durante a partir del inicio de la relación de trabajo que ahora está desconociendo la sociedad de asesorías, casi si soy una cotización inicial y una cotización final no se*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia que la demandante nació el 3 de abril de 1961 y tenía la edad para acceder a la prestación en la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional.

La entidad negó la prestación mediante Resolución SUB163303 del 20 de junio de 2018, por considerar que la demandante no cumplía con la densidad mínima de semanas de cotización pues tenía 1169,29 de aportes al sistema, decisión confirmada mediante Resolución DIR 17674 del 2 de octubre siguiente. Para esta decisión, la demandada no tuvo en cuenta los ciclos 1, 3 a 6 y 8 de 1999, 1 a 3 y 10 a 12 de 2000, 1 a 12 de 2001, 1 a 6, 8 y 10 a 12 de 2002, 2, 3, 5 a 7 y 10 a 12 de 2003, 10 a 12 de 2004, 4 de 2005, 11 de 2006 y 8 de 2007.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama la demandante.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispone el acceso a la pensión de vejez para las mujeres que cumplan 57 años de edad, si acreditan: *“haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50*

puede desconocer esa realidad contractual y tampoco de lo contrario, sería pensar que la sociedad correcta inicia, que además no fue vinculada al proceso, se prestó para para simular un contrato de trabajo o que la sociedad Casin, Asesorías Casin no tuvo ninguna relación de trabajo con la demandante durante todo, todo el interregno que está señalado precisamente en las en la en la historia laboral de la demandante en ese sentido, es claro que sí hubo una relación de trabajo entre la demandante y la sociedad Asesorías Casin y también es claro que hubo negligencia por parte de la demandada Colpensiones en el sentido de hacer efectivo de recuperar o hacer el cobro respectivo de todos y cada uno de los períodos que se dejaron de cotizar. En ese sentido, señoría presentó el recurso de apelación.”.

y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

Sobre las semanas a considerar para el reconocimiento del derecho, cuando los aportes no han sido sufragados efectivamente al sistema, se debe advertir que la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales, cuando se demuestre en el proceso que existía un (i) vínculo laboral, (ii) mora del empleador en el pago de cotizaciones, y (iii) una omisión del Fondo de pensiones en obtener el pago de dichos aportes, lo que se presume cuando existe una afiliación vigente del trabajador al Sistema de pensiones según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia².

Con base en ello y dado que se demostraron los elementos referidos en los periodos que a continuación se detallan, pues en la historia laboral de la actora se registra como empleador a ASESORÍAS CASIN LTDA, quien la afilió en agosto de 1996, y sólo hasta el 1° de diciembre de 2007 se reportó la novedad de retiro (ver historia laboral en carpeta 01 archivo 01 folios 69 a 79 y en expediente administrativo), el Tribunal revocará la decisión apelada, pues las pruebas allegadas demuestran que se causó el derecho a favor de MARÍA TERESA ALARCÓN RUIZ. Por la inactividad de la entidad de seguridad social en adelantar las acciones de cobro se le debe entender allanada a la mora en el pago de los aportes que tenía a su cargo la sociedad registrada como empleadora de la demandante.

Para llegar a esta conclusión, se advierte que, contrario a lo señalado por la juzgadora de primera instancia, en el presente asunto tras la afiliación a seguridad social en pensiones efectuada por ASESORÍAS CASIN LTDA en agosto de 1996, es dable presumir la continuidad del vínculo pues no existe novedad de retiro para los periodos no cotizados. Por el contrario, se advierte

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 41958 del 5 de junio de 2012, M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGÓ.

intermitencia en los mismos, y sólo hasta el 1º de diciembre de 2007 se reporta el efectivo retiro de la actora. En consecuencia, era responsabilidad de la entidad administradora de pensiones, el ISS, hoy COLPENSIONES, adelantar las acciones de cobro por los aportes adeudados.

Sobre la existencia del vínculo laboral se allegó al proceso un documento remitido por quien figura en el Sistema como empleador (ASESORÍAS CASIN LTDA), en respuesta al requerimiento oficioso hecho por la juzgadora de primera instancia³, en el cual manifestó no ser la verdadera empleadora y haber fungido únicamente como administradora de la nómina y asesora contable de RENTINIZA LTDA, y su filial AUTONIZA S.A., quienes -según sus dichos- serían las verdaderas empleadoras reclamado (carpeta 10 archivo 02 folios 1 y 2). De esa afirmación resulta, más clara aún, la responsabilidad de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para adelantar las gestiones de cobro coactivo en contra de quien figuraba como empleador con miras a recuperar los aportes dejados de cancelar a favor de la trabajadora.

De tales acciones de cobro no se allegó evidencia alguna al presente trámite. Nótese que si se hubiera adelantado alguna diligencia en tal sentido por parte de la administradora pensional, como lo afirmó de manera reiterada en los actos administrativos mediante los cuales negó el derecho de la actora (ver expediente administrativo en carpeta 01 archivos 02 y 03), se habría podido identificar con suficiente antelación la realidad del vínculo laboral que la demandante estaba ejecutando, en caso de que se hubiera desarrollado con una sociedad distinta a la visible en su historia laboral. De todas formas, se aportó el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y RENTINIZA LTDA el 6 de mayo de 1996 (*ibídem* folios 7 y 8), así como una certificación emitida por el Gerente General de AUTONIZA S.A. el 26 de junio de 1998, en la que afirma que la demandante presta sus servicios para dicha sociedad desde el 2 de mayo de 1994 (*ibídem* folios 31 y 32).

³ Ver Audiencia virtual del 18 de diciembre de 2020 – carpeta 05.

Así las cosas y ante la evidente omisión por parte de COLPENSIONES para obtener el pago de los aportes referidos en la demanda -1, 3 a 6 y 8 de 1999, 1 a 3 y 10 a 12 de 2000, 1 a 12 de 2001, 1 a 6, 8 y 10 a 12 de 2002, 2, 3, 5 a 7 y 10 a 12 de 2003, 10 a 12 de 2004, 4 de 2005, 11 de 2006 y 8 de 2007-, así como aquellos a que hizo alusión en sus consideraciones la Juez de primera instancia - julio, agosto y diciembre de 1998 y febrero, julio y septiembre de 1999-, los cuales no fueron tenidos en cuenta por la administradora pensional para determinar si había o no lugar al reconocimiento pensional, procede su inclusión a efecto de determinar el derecho que le asiste de conformidad con las normas antes citadas.

En el cómputo de semanas se deben entonces tener en cuenta: (i) **1168,14** reportadas en la historia laboral actualizada por COLPENSIONES a 14 de junio de 2018, como cotizadas y pagadas en toda la vida laboral, historia laboral que ya incluía correcciones previas solicitadas por la actora; (ii) **30** semanas reportadas por ASESORÍAS CASIN LTDA para los periodos de junio, julio, agosto y diciembre de 1998 y febrero, julio y septiembre de 1999, que no se tuvieron como *cotizadas* en la historia de la actora con anotación de aplicados a periodos distintos al *declarado* o *deuda presunta*; y (iii) **235,71** semanas a cargo de ASESORÍAS CASIN LTDA como presunto empleador, que corresponden a los ciclos de cotización de marzo a mayo y septiembre a noviembre de 1998, enero, marzo a junio y agosto de 1999, enero a marzo y octubre a diciembre de 2000, enero a diciembre de 2001, enero a junio, agosto y octubre a diciembre de 2002, febrero, marzo, mayo a julio y octubre a diciembre de 2003, septiembre a diciembre de 2004, abril de 2005, noviembre de 2006 y agosto de 2007, los cuales se deben computar pues, como se dijo, en la historia laboral se reportó afiliación a partir de agosto de 1996 la novedad de retiro se efectuó el 1º de diciembre de 2007, y dicho periodos se omitieron en la historia laboral aportada por COLPENSIONES (ver historia laboral en carpeta 01 archivo 01 folios 69 a 79 y en expediente administrativo).

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1981	Abril	13	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 8.105.743
1981	Mayo	31	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 19.329.079
1981	Junio	30	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 18.705.560
1981	Julio	31	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 19.329.079
1981	Agosto	31	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 19.329.079
1981	Septiembre	7	\$ 5.790	0,90	96,92	107,6889	\$ 623.519	\$ 4.364.631
1989	Agosto	21	\$ 47.370	4,58	96,92	21,1616	\$ 1.002.424	\$ 21.050.897
1989	Septiembre	30	\$ 47.370	4,58	96,92	21,1616	\$ 1.002.424	\$ 30.072.710
1989	Octubre	31	\$ 47.370	4,58	96,92	21,1616	\$ 1.002.424	\$ 31.075.134
1989	Noviembre	30	\$ 47.370	4,58	96,92	21,1616	\$ 1.002.424	\$ 30.072.710
1989	Diciembre	31	\$ 47.370	4,58	96,92	21,1616	\$ 1.002.424	\$ 31.075.134
1990	Enero	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Febrero	28	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 22.240.625
1990	Marzo	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Abril	30	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 23.829.241
1990	Mayo	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Junio	30	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 23.829.241
1990	Julio	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Agosto	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Septiembre	30	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 23.829.241
1990	Octubre	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1990	Noviembre	30	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 23.829.241
1990	Diciembre	31	\$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	\$ 794.308	\$ 24.623.549
1991	Enero	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Febrero	28	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 19.379.439
1991	Marzo	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Abril	30	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 20.763.685
1991	Mayo	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Junio	30	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 20.763.685
1991	Julio	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Agosto	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Septiembre	30	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 20.763.685
1991	Octubre	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1991	Noviembre	30	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 20.763.685
1991	Diciembre	31	\$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	\$ 692.123	\$ 21.455.808
1992	Enero	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1992	Febrero	29	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 20.358.596
1992	Marzo	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1992	Abril	30	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.060.616
1992	Mayo	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1992	Junio	30	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.060.616
1992	Julio	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1992	Agosto	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1992	Septiembre	30	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.060.616
1992	Octubre	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

1992	Noviembre	30	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.060.616
1992	Diciembre	31	\$ 70.260	9,70	96,92	9,9918	\$ 702.021	\$ 21.762.637
1993	Enero	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Febrero	28	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 19.910.593
1993	Marzo	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Abril	30	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 21.332.779
1993	Mayo	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Junio	30	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 21.332.779
1993	Julio	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Agosto	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Septiembre	30	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 21.332.779
1993	Octubre	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1993	Noviembre	30	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 21.332.779
1993	Diciembre	31	\$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	\$ 711.093	\$ 22.043.871
1994	Enero	31	\$ 107.675	14,89	96,92	6,5091	\$ 700.864	\$ 21.726.776
1994	Febrero	28	\$ 107.675	14,89	96,92	6,5091	\$ 700.864	\$ 19.624.185
1994	Marzo	31	\$ 107.675	14,89	96,92	6,5091	\$ 700.864	\$ 21.726.776
1994	Abril	30	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.273.346
1994	Mayo	31	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.915.791
1994	Junio	30	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.273.346
1994	Julio	31	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.915.791
1994	Agosto	31	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.915.791
1994	Septiembre	30	\$ 98.700	14,89	96,92	6,5091	\$ 642.445	\$ 19.273.346
1994	Octubre	31	\$ 225.000	14,89	96,92	6,5091	\$ 1.464.540	\$ 45.400.739
1994	Noviembre	30	\$ 225.000	14,89	96,92	6,5091	\$ 1.464.540	\$ 43.936.199
1994	Diciembre	31	\$ 225.000	14,89	96,92	6,5091	\$ 1.464.540	\$ 45.400.739
1995	Enero	10	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 11.949.041
1995	Febrero	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Marzo	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Abril	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Mayo	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Junio	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Julio	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Agosto	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Septiembre	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Octubre	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Noviembre	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1995	Diciembre	30	\$ 225.000	18,25	96,92	5,3107	\$ 1.194.904	\$ 35.847.123
1996	Enero	30	\$ 225.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 1.000.321	\$ 30.009.633
1996	Febrero	30	\$ 225.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 1.000.321	\$ 30.009.633
1996	Marzo	30	\$ 225.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 1.000.321	\$ 30.009.633
1996	Abril	9	\$ 195.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 866.945	\$ 7.802.505
1996	Mayo	0	\$ 0	21,80	96,92	4,4459	\$ 0	\$ 0
1996	Junio	0	\$ 0	21,80	96,92	4,4459	\$ 0	\$ 0
1996	Julio	0	\$ 0	21,80	96,92	4,4459	\$ 0	\$ 0
1996	Agosto	28	\$ 186.667	21,80	96,92	4,4459	\$ 829.898	\$ 23.237.130
1996	Septiembre	30	\$ 200.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 889.174	\$ 26.675.229
1996	Octubre	30	\$ 142.125	21,80	96,92	4,4459	\$ 631.869	\$ 18.956.085

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

1996	Noviembre	30	\$ 200.000	21,80	96,92	4,4459	\$ 889.174	\$ 26.675.229
1996	Diciembre	30	\$ 142.125	21,80	96,92	4,4459	\$ 631.869	\$ 18.956.085
1997	Enero	30	\$ 200.000	26,52	96,92	3,6546	\$ 730.920	\$ 21.927.602
1997	Febrero	30	\$ 200.000	26,52	96,92	3,6546	\$ 730.920	\$ 21.927.602
1997	Marzo	30	\$ 200.000	26,52	96,92	3,6546	\$ 730.920	\$ 21.927.602
1997	Abril	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Mayo	30	\$ 200.000	26,52	96,92	3,6546	\$ 730.920	\$ 21.927.602
1997	Junio	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Julio	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Agosto	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Septiembre	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Octubre	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1997	Noviembre	30	\$ 300.000	26,52	96,92	3,6546	\$ 1.096.380	\$ 32.891.403
1997	Diciembre	30	\$ 172.005	26,52	96,92	3,6546	\$ 628.610	\$ 18.858.286
1998	Enero	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Febrero	30	\$ 300.000	31,21	96,92	3,1054	\$ 931.624	\$ 27.948.734
1998	Marzo	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Abril	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Mayo	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Junio	30	\$ 300.000	31,21	96,92	3,1054	\$ 931.624	\$ 27.948.734
1998	Julio	30	\$ 300.000	31,21	96,92	3,1054	\$ 931.624	\$ 27.948.734
1998	Agosto	30	\$ 300.000	31,21	96,92	3,1054	\$ 931.624	\$ 27.948.734
1998	Septiembre	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Octubre	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Noviembre	30	\$ 203.826	31,21	96,92	3,1054	\$ 632.964	\$ 18.988.929
1998	Diciembre	30	\$ 300.000	31,21	96,92	3,1054	\$ 931.624	\$ 27.948.734
1999	Enero	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Febrero	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
1999	Marzo	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Abril	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Mayo	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Junio	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Julio	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
1999	Agosto	30	\$ 236.460	36,42	96,92	2,6612	\$ 629.261	\$ 18.877.844
1999	Septiembre	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
1999	Octubre	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
1999	Noviembre	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
1999	Diciembre	30	\$ 300.000	36,42	96,92	2,6612	\$ 798.353	\$ 23.950.577
2000	Enero	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453
2000	Febrero	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453
2000	Marzo	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453
2000	Abril	30	\$ 300.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 730.736	\$ 21.922.091
2000	Mayo	30	\$ 300.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 730.736	\$ 21.922.091
2000	Junio	30	\$ 300.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 730.736	\$ 21.922.091
2000	Julio	30	\$ 400.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 974.315	\$ 29.229.455
2000	Agosto	30	\$ 400.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 974.315	\$ 29.229.455
2000	Septiembre	30	\$ 400.000	39,79	96,92	2,4358	\$ 974.315	\$ 29.229.455
2000	Octubre	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2000	Noviembre	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453
2000	Diciembre	30	\$ 260.100	39,79	96,92	2,4358	\$ 633.548	\$ 19.006.453
2001	Enero	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Febrero	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Marzo	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Abril	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Mayo	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Junio	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Julio	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Agosto	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Septiembre	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Octubre	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Noviembre	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2001	Diciembre	30	\$ 286.000	43,27	96,92	2,2399	\$ 640.608	\$ 19.218.248
2002	Enero	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Febrero	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Marzo	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Abril	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Mayo	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Junio	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Julio	30	\$ 400.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 832.289	\$ 24.968.656
2002	Agosto	30	\$ 309.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 642.943	\$ 19.288.287
2002	Septiembre	30	\$ 400.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 832.289	\$ 24.968.656
2002	Octubre	30	\$ 400.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 832.289	\$ 24.968.656
2002	Noviembre	30	\$ 400.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 832.289	\$ 24.968.656
2002	Diciembre	30	\$ 400.000	46,58	96,92	2,0807	\$ 832.289	\$ 24.968.656
2003	Enero	30	\$ 400.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 778.005	\$ 23.340.157
2003	Febrero	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Marzo	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Abril	30	\$ 600.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 1.167.008	\$ 35.010.235
2003	Mayo	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Junio	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Julio	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Agosto	30	\$ 600.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 1.167.008	\$ 35.010.235
2003	Septiembre	30	\$ 600.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 1.167.008	\$ 35.010.235
2003	Octubre	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Noviembre	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2003	Diciembre	30	\$ 332.000	49,83	96,92	1,9450	\$ 645.744	\$ 19.372.330
2004	Enero	30	\$ 600.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.095.760	\$ 32.872.809
2004	Febrero	30	\$ 600.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.095.760	\$ 32.872.809
2004	Marzo	30	\$ 600.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.095.760	\$ 32.872.809
2004	Abril	30	\$ 750.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.369.700	\$ 41.091.012
2004	Mayo	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2004	Junio	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2004	Julio	30	\$ 600.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.095.760	\$ 32.872.809
2004	Agosto	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2004	Septiembre	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2004	Octubre	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2004	Noviembre	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2004	Diciembre	30	\$ 920.000	53,07	96,92	1,8263	\$ 1.680.166	\$ 50.404.975
2005	Enero	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Febrero	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Marzo	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Abril	30	\$ 381.500	55,99	96,92	1,7310	\$ 660.385	\$ 19.811.563
2005	Mayo	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Junio	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Julio	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Agosto	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Septiembre	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Octubre	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Noviembre	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2005	Diciembre	30	\$ 920.000	55,99	96,92	1,7310	\$ 1.592.542	\$ 47.776.246
2006	Enero	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Febrero	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Marzo	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Abril	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Mayo	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Junio	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Julio	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Agosto	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Septiembre	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Octubre	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Noviembre	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2006	Diciembre	30	\$ 920.000	58,70	96,92	1,6511	\$ 1.519.019	\$ 45.570.562
2007	Enero	30	\$ 920.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.453.879	\$ 43.616.370
2007	Febrero	30	\$ 920.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.453.879	\$ 43.616.370
2007	Marzo	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Abril	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Mayo	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Junio	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Julio	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Agosto	30	\$ 433.700	61,33	96,92	1,5803	\$ 685.378	\$ 20.561.326
2007	Septiembre	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Octubre	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Noviembre	30	\$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 1.896.364	\$ 56.890.918
2007	Diciembre	1	\$ 40.000	61,33	96,92	1,5803	\$ 63.212	\$ 63.212
2009	Enero	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Febrero	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Marzo	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Abril	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Mayo	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Junio	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Julio	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Agosto	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Septiembre	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Octubre	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2009	Noviembre	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2009	Diciembre	30	\$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	\$ 1.666.246	\$ 49.987.393
2010	Enero	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Febrero	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Marzo	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Abril	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Mayo	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Junio	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Julio	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Agosto	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Septiembre	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Octubre	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Noviembre	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2010	Diciembre	30	\$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	\$ 1.633.483	\$ 49.004.494
2011	Enero	30	\$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 1.583.445	\$ 47.503.336
2011	Febrero	30	\$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 1.583.445	\$ 47.503.336
2011	Marzo	30	\$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 1.583.445	\$ 47.503.336
2011	Abril	30	\$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 1.583.445	\$ 47.503.336
2011	Mayo	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Junio	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Julio	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Agosto	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Septiembre	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Octubre	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Noviembre	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2011	Diciembre	30	\$ 2.000.000	73,45	96,92	1,3195	\$ 2.639.074	\$ 79.172.226
2012	Enero	30	\$ 2.000.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 2.544.166	\$ 76.324.977
2012	Febrero	30	\$ 2.000.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 2.544.166	\$ 76.324.977
2012	Marzo	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Abril	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Mayo	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Junio	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Julio	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Agosto	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Septiembre	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Octubre	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Noviembre	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2012	Diciembre	30	\$ 3.024.000	76,19	96,92	1,2721	\$ 3.846.779	\$ 115.403.365
2013	Enero	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Febrero	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Marzo	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Abril	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Mayo	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Junio	30	\$ 3.024.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 3.755.107	\$ 112.653.202
2013	Julio	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172
2013	Agosto	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172
2013	Septiembre	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172
2013	Octubre	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172

Exp. 36 2019 00126 01

María Teresa Alarcón Ruiz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2013	Noviembre	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172
2013	Diciembre	30	\$ 4.000.000	78,05	96,92	1,2418	\$ 4.967.072	\$ 149.012.172
2014	Enero	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Febrero	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Marzo	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Abril	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Mayo	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Junio	30	\$ 4.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 4.872.800	\$ 146.184.012
2014	Julio	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2014	Agosto	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2014	Septiembre	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2014	Octubre	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2014	Noviembre	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2014	Diciembre	30	\$ 5.000.000	79,56	96,92	1,2182	\$ 6.091.001	\$ 182.730.015
2015	Enero	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Febrero	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Marzo	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Abril	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Mayo	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Junio	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Julio	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Agosto	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Septiembre	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Octubre	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Noviembre	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2015	Diciembre	30	\$ 5.000.000	82,47	96,92	1,1752	\$ 5.876.076	\$ 176.282.284
2016	Enero	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Febrero	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Marzo	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Abril	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Mayo	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Junio	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Julio	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Agosto	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Septiembre	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Octubre	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Noviembre	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2016	Diciembre	30	\$ 5.000.000	88,05	96,92	1,1007	\$ 5.503.691	\$ 165.110.733
2017	Enero	30	\$ 5.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 5.204.597	\$ 156.137.901
2017	Febrero	30	\$ 5.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 5.204.597	\$ 156.137.901
2017	Marzo	30	\$ 5.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 5.204.597	\$ 156.137.901
2017	Abril	30	\$ 5.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 5.204.597	\$ 156.137.901
2017	Mayo	30	\$ 5.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 5.204.597	\$ 156.137.901
2017	Junio	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2017	Julio	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2017	Agosto	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2017	Septiembre	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2017	Octubre	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482

2017	Noviembre	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2017	Diciembre	30	\$ 6.000.000	93,11	96,92	1,0409	\$ 6.245.516	\$ 187.365.482
2018	Enero	30	\$ 6.000.000	96,92	96,92	1,0000	\$ 6.000.000	\$ 180.000.000
2018	Febrero	30	\$ 6.000.000	96,92	96,92	1,0000	\$ 6.000.000	\$ 180.000.000
2018	Marzo	30	\$ 6.000.000	96,92	96,92	1,0000	\$ 6.000.000	\$ 180.000.000
2018	Abril	30	\$ 6.000.000	96,92	96,92	1,0000	\$ 6.000.000	\$ 180.000.000
2018	Mayo	30	\$ 6.000.000	96,92	96,92	1,0000	\$ 6.000.000	\$ 180.000.000

	IBL TODA LA VIDA	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	10020	3601
TOTAL SALARIO	\$ 20.180.112.946	\$ 14.312.387.933
PROMEDIO SALARIO MENSUAL	\$ 2.013.983	\$ 3.974.559
TASA DE REEMPLAZO	68,71%	67,46%
VALOR MESADA PENSIONAL (2018)	\$968.666	\$1.876.866

Para los periodos reportados, pero con anotación de “0” días de cotización, se tomará el salario reportado como IBC, mientras que para aquellos periodos de los que no obra constancia de su monto por no aparecer allí registrados ni contarse con material probatorio adicional que dé cuenta de su valor, se tomará el valor del salario mínimo legal mensual vigente para la respectiva anualidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 párrafo primero inciso 2º de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003⁴.

Habida cuenta de lo anterior, se ordenará el reconocimiento de la pensión de vejez tomando el IBL de los últimos 10 años de cotización que asciende a

⁴ Ley 100 de 1993: “ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

(...).

PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”.

\$3.974.559, que al aplicarle una tasa de reemplazo de 67,46%, que arroja una mesada pensional para el año 2018 de **\$1.876.866**, la cual deberá ser reconocida a partir del 1° de julio de 2018, día siguiente al de la última cotización acreditada en el presente trámite, según la historia laboral allegada por COLPENSIONES.

A efecto de resolver la excepción de prescripción, basta advertir que entre la fecha en que la demandante elevó la reclamación ante la demandada con el lleno de los requisitos legales (7 de junio de 2018 – ver expediente administrativo en carpeta 01 archivos 02 y 03), y la radicación de la demanda (el 6 de febrero de 2019 – ver carpeta 01 archivo 01 folio 13), no transcurrió en modo alguno el término trienal de prescripción contemplado en los artículos 151 del CPTSS y 488 y 489 del CPTSS, por lo que se entiende debidamente interrumpido con la presentación de la demanda y, en consecuencia, no prospera el medio exceptivo.

De otro lado, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados. Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de vejez, el interés corre cuando transcurre el plazo de cuatro meses que tienen dichas entidades para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes.

Con estas premisas, y dado que a la demandante se le adeudan las mesadas de pensión causadas desde el 1° de julio de 2018, se condenará también al pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas, los cuales corren a partir del 7 de octubre de 2018, cuatro meses después de elevar la reclamación pensional con requisitos cumplidos (7 de junio de 2018 – ver expediente administrativo en carpeta 01 archivos 02 y 03).

No procede ordenar indexación alguna, como quiera que los intereses moratorios resultan superiores a la eventual devaluación que pudiera sufrir la capacidad adquisitiva de la moneda por el paso del tiempo.

COSTAS en primera instancia a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

Sin COSTAS en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de MARÍA TERESA ALARCÓN RUIZ, en cuantía inicial de \$1.876.866, efectiva a partir del 1º de julio de 2018.
3. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, a partir del 7 de octubre de 2018 y hasta que efectúe la inclusión en nómina de la prestación y el pago del retroactivo correspondiente.
4. **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.
5. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES BUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE YOLANDA ACEVEDO ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 4 de agosto de 2022 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por el cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, YOLANDA ACEVEDO ROJAS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia y/o nulidad de su afiliación a las AFP del RAIS, al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre los

regímenes pensionales por los fondos demandados, quienes omitieron sus obligaciones y responsabilidades hacia su afiliada. En consecuencia, pide se trasladen al Régimen de Prima Media todos los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que posee en la cuenta de ahorro individual, se ordene a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, sin que se deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno por parte de PROTECCIÓN S.A., y actualice la historia laboral teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas (ver demandada folios 6 y 7 del archivo No. 01 del expediente digital)

Notificadas de la demanda, COLPENSIONES, PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS comparecieron al proceso a través de apoderado judicial.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda pues considera que la afiliación de la demandante tiene plena validez y legalidad, dado que no se probó alguna de las causales de nulidad, esto es, los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo). Indica que el transcurso del tiempo subsanó cualquier error que hubiera podido suceder ya que la demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de fondo de *prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe*, y la innominada o genérica (folios 6 a 15 archivo No. 7 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso igualmente a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucran a esa sociedad con fundamento en que la demandante tomó su decisión de traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones, tal como se verifica del formulario de afiliación del 9 de noviembre de 1995, luego de que se le entregara información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM. Señala

que la demandante no hizo uso del derecho a retractarse de su afiliación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y que en el presente caso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento que de lugar a la declaratoria de nulidad. Como excepciones de mérito formuló las que denominó *validez de la afiliación al RAIS*, buena fe, *inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho*, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación archivo No. 9 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la afiliación de la demandante se dio con el lleno de los requisitos normativos exigidos para el época en la se llevo a cabo el traslado y que la información suministrada fue precisa, clara, detallada, comprensible y oportuna, a fin de que tuviera la posibilidad de reclamar la protección de sus derechos, por lo que, en su sentir, no existen fundamentos de hecho ni de derecho para declarar la nulidad del traslado o la ineficacia, máxime cuando la demandante contaba con todas las herramientas para declinarla en el tiempo. Asegura que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo bajo la observancia de la normatividad vigente para el 2001 y ajustándose a las directrices impartidas por la Superfinanciera. Señala que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto la vinculación que realizó la accionante con ese fondo se trató de un traslado entre administradoras. En su defensa, formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (folios 1 a 10 del archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. se resistió al éxito de cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en las que resulte involucrada esa sociedad pues, a su juicio, estamos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, tal como

puede evidenciarse del formulario de vinculación suscrito, que da cuenta que el acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Asegura que la voluntad de la demandante estuvo libre de presión y engaños pues tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Señala que la parte actora no puede pretender la declaratoria de un nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que un acto es nulo por los vicios del consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico. Como excepciones de mérito propuso las que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* (folios 1a 15 del archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de agosto de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS no acreditó el cumplimiento del deber de información que le asistía para con la afiliada pues no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de la misma a la demandante en el momento de su traslado, precisando que no se logró obtener confesión alguna frente a este aspecto en el interrogatorio de parte absuelto por la actora.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre*

regímenes pensionales que efectuó la demandante señora YOLANDA ACEVEDO ROJAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que tuvo como fecha de suscripción el 9 de noviembre de 1995. En consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el reconocimiento de los gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, los gastos de administración que se hubieren causado y cobrado durante el periodo de vinculación de la demandante con cada una de las entidades, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. QUINTO: COSTAS a cargo de la demandada COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE a cargo de cada una de las entidades en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. SEXTO: Se ordena surtir el grado jurisdiccional de consulta favor de COLPENSIONES, para tal efecto se ordena remitir el presente proceso ante a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.” (Audiencia virtual del 4 de agosto de 2022, récord 31:27, carpeta “Audios” expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que debe tenerse en cuenta que para el año 1995 el deber de información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones se encontraba en su primera etapa y no había tenido un desarrollo normativo, como para darle el mismo alcance que se le ha dado con el transcurso del tiempo, aunado a que las características de cada uno de los regímenes está previsto en la ley 100 de 1993, norma que debía ser de conocimiento de la demandante y cuyo desconocimiento no puede emplearse como excusa. Además, advierte que la inconformidad de la actora con el RAIS gira entorno al valor de lo que sería el monto de su mesada pensional, situación no da lugar a declarar una ineficacia o una nulidad del traslado pensional, y que se debe tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera ya que la afiliación de la demandante en el RPM impacta la reserva del sistema pensional y afecta significativamente el sistema financiero de ese régimen¹ (Audiencia virtual del 4 de agosto de

¹ “Muchas gracias, señor juez encontrándome en la oportunidad puede ser para hacerlo me permitió interpretar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despacho en el sentido sí que si decido declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenó el traslado, aportes y la afiliación de la demandante del régimen de prima media administra por mi representada, lo cual es fundamenta en las siguientes; apreciaciones en primer lugar, respecto el deber de información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones, es preciso recordar que la demandada no desconoce su existencia del año 1993 con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el decreto 663 de la misma unidad sin embargo, este resaltar que dicho ver si intensifica con la expedición de la ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría en buen consejo, por lo que no dable requerir la misma forma de la asesoría previa del traslado desde el momento mismo de la creación del régimen dado individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante al (RAIS) se dio para el año 1995 es decir, cuando nos encontramos la primera etapa del deber de información y que dicha dicho traslado se efectuó de la caja departamental de Santander hacia la AFP, Colfondos S.A por otro lado, se observa que la demandante manifiesta que la falta de información radico que no le explicaron ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales al respecto de precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de ambos regímenes se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, tipo de su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su fundación, los términos del artículo 12, el Código Civil por tanto, donde dable de alegar la ignorancia del concurso a voces de lo que prevé también el artículo 9 de la codificación antes citada para tribuir exclusivamente a las AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley máxime cuando la demandante, de manera voluntaria, no sólo suscribió el formulario de traslado de régimen, sino también

EXP. 37 2018 00256 01

Yolanda Acevedo Rojas contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

2022, récord 34:37, carpeta “Audios” expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de

posteriores formularios en los que realizó el traslado horizontales a diferentes administradoras de fondos de pensiones, pertenencia al (RAIS) vale resaltar que la inconformidad demandante de su permanencia al (RAIS) gira en torno al valor de lo que sería el monto de su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios ajustado en tanto caso a dicho entonces, la mesada pensional no obedece a la arbitrariedad de las administradoras de pensiones, situación que desde todo punto de vista no hay lugar a declarar una ineficacia o una nulidad del traslado pensional por último, debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, contemplado el artículo 48 de la Constitución de 1991, adicionado con el artículo 01 del acto legislativo 01 del 2005, impacta en la reserva del sistema pensional conforme a lo anterior es evidente que el eventual traslado de régimen pensional la demandante afecta significativamente del sistema financiero del régimen de prima media con prestación definida teniendo en cuenta la variación porcentual de la estimación de ambos regímenes pensionales la falta de contribución de la demanda al fondo como me destinación pensional en los regímenes de prima media y la carga que generaría en los demás afiliados soportar una eventual reconocimiento pensional a favor de la actora que no ha constituido un derecho pensional del régimen de prima media derivando así un menoscabo patrimonial en la entidad que representa de esta manera honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral solicito revocar el fallo proferido en lo pertinente de manera subsidiaria en caso de que se confirme la sentencia solicitud, se confirma la absolución de costas por mi representada no tuvo ninguna injerencia en el acto que hoy se declara ineficaz y que se confirme la devolución, aporte con los respectivos rendimientos y gastos de administración, a fin de atenuar el quebranto patrimonial de la entidad que represento muchas gracias, señor juez.”

2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 33² años de edad y había cotizado 728,14 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

² Nació el 14 de abril de 1962.

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folio 31 del archivo No.15 del expediente digital, trámite de primera instancia.

de 15 años de servicios (tenía 12 años, 5 meses y 18 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 177 del archivo No. 1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁴ *Ibidem.*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado en su situación específica.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, se afilió a COLFONDOS porque el asesor le indicó que la Caja de Previsión Social se acabaría y que en dicho fondo tendría mayores beneficios y ventajas afirmando que no recibió información o asesoría sobre las características de cada uno de los regímenes (Audiencia virtual del 4 de agosto de 2022, récord 19:02).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados efectuados dentro del RAIS; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la

corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a una CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS y PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz,*

estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 19935 este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMARLA** en todo lo demás.
- 3. SIN COSTAS** en esta instancia.

EXP. 37 2018 00256 01

Yolanda Acevedo Rojas contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN
CONTRA EL ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2022 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se **ABSOLVIÓ** al **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de pagar sustitución pensional a favor de **ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN**, en calidad de cónyuge supérstite de **MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA**.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, **ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN** presentó demanda contra el **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES DE COLOMBIA**, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de vejez que devengaba en vida su cónyuge **MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA**, con mesadas adicionales, *“reajustes legales en forma indexada”* e intereses moratorios. Afirma que la entidad demandada reconoció a favor del causante pensión de vejez a partir del 17 de junio de 1998, en cuantía inicial de \$244.796, la cual percibió hasta el momento de su muerte

ocurrida el 5 de junio de 2016. Contrajeron matrimonio el 30 de abril de 1967, unión en la que procrearon 3 hijos y perduró hasta el momento del fallecimiento. Debido al deterioro de salud de MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA y la situación económica familiar, la demandante se fue a los Estados Unidos en el año 2006 a vivir con su hijo Wilson Beltrán Hernández, con el fin de trabajar y aportar más a su núcleo familiar, y antes de viajar, la accionante contrató dos *señoras* para que cuidaran de su esposo en turnos, proporcionando alimentación, compra de medicamentos, etc., debido a que padecía EPOC (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica). Durante ese tiempo siempre estuvo pendiente de su esposo, se comunicaban diariamente por teléfono, y la situación no debe entenderse como ruptura en la convivencia, sino como una situación de fuerza mayor. Siempre estuvo afiliada como beneficiaria de su esposo ante el sistema general de salud. El 1º de junio de 2017 solicitó el reconocimiento pensional a la entidad, el cual fue negado (Ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 1 a 11).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se acreditó la convivencia con el causante en los 5 años previos al deceso, pues las declaraciones *extra juicio* y el registro civil de matrimonio obrantes en el expediente administrativo se permiten concluir que la convivencia ocurrió del 30 de abril de 1967 al año 2006, fecha en que la demandante *establece su lugar de residencia en Estados Unidos*. En todo caso, no habría lugar a pago de intereses moratorios al no haber una mora injustificada en el pago de mesadas pensionales. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y genérica*. (Ver contestación en carpeta 07 folios 2 a 14).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de julio de 2022, a través de la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones incoadas. Para tomar la decisión, concluyó que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia requerido por la norma (5 años) dentro de los 5 años previos al deceso, y que no puede hablar de la existencia de un núcleo familiar estable, máxime cuando transcurrieron 10 años desde que la actora se fue para los Estados Unidos sin que en ese tiempo se hubiera reunido físicamente con el entonces pensionado, y no se acreditó con certeza a qué se destinaba el dinero que la demandante le remitía como remesa. En cuanto a los testigos, consideró que sus dichos estaban *un tanto* parcializados a favor de la actora.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formuladas en su contra por ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practicarse la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000 en favor de la accionada. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el Superior.”* (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Hora 2:16:56).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante pide se revoque en su integridad la decisión tomada en primera instancia. Afirma que, contrario a lo señalado por el Juez y por la misma demandada, pese a que durante los últimos 10 años de vida del causante la pareja no convivió bajo el mismo techo, ello se debió a una situación de fuerza mayor debido a la enfermedad que

padecía aquel lo que llevó a la actora a buscar recursos económicos fuera del país. No por ello puede hablarse de una ruptura de la relación, al contrario, persistió el apoyo mutuo, la esposa hablaba *horas* diariamente y estaba atenta a su estado de salud, de lo cual dieron cuenta los testigos traídos al proceso de manera clara y espontánea, sin que sea dable exigirles que expliquen pormenorizadamente a qué se destinaba el dinero enviado por la actora a favor de su cónyuge. En todo caso y aún en contra de la opinión propia del abogado, si se tiene en cuenta el criterio de las *altas cortes* en casos como el presente, procede el reconocimiento pensional al no existir duda de la convivencia de la pareja por más de 5 años en cualquier tiempo y no estar disuelta la sociedad conyugal, con mayor razón en el presente caso en el cual además se probó la persistencia de la unión y que se vio separada físicamente por circunstancias de fuerza mayor. Finalmente, considera que se condenó en costas sin sustento alguno. (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Hora 2:17:50)¹.

¹ “Señor juez con el debido respeto manifiesto a su señoría que interpongo recurso de apelación con la sentencia que se acaba de proveer en su totalidad, en consecuencia, si así lo dispone el señor juez procedo a sustentar mi recurso ruego se me indique... Muchas gracias. Se niegan las pretensiones bajo el mismo argumento que ha sostenido durante ya varios años la administrado de hoy Colpensiones esto es que mi representada no hizo vida marital durante los últimos 5 años y agrego el señor juez que no fueron los últimos 5 años, si no los 10 últimos años eso a luz de la verdad tal como lo narraron y como lo narra la demanda eso se presentó por fuerza mayor la situación fortuita que no se necesita demasiada habilidad mental para entender que un pensionado enfermo en Bogotá, percibiendo un salario mínimo que está en la resolución en el expediente que provenía de su trabajo de auxiliar de servicios generales en el hotel Tequendama, donde si bien es cierto mientras estuvo activo la actividad le generaba prebendas económicas, como la ayuda de los turistas la ayuda monetaria de los taxistas etc., cuando sale pensionado se deteriora la situación económica y todos los testigos y la declarante, la demandante fueron muy... en que los recursos no alcanzaba porque era un salario mínimo de pensión y así se prueba en el expediente administrativo de la misma demanda allego al despacho como prueba fehaciente entonces la pregunta acá es si mi representada tiene derecho o no a la pensión, a la luz de que normatividad el juez atino artículo 13 de la ley 797 del 2003 que conserva el derecho privilegiado a las esposas a la que conserva la vigencia de su matrimonio en este caso católico e igualmente su sociedad conyugal conformado con su legítimo esposo, se dan los dos preceptos fundamentales y no se separó y no liquidó la sociedad conyugal hasta que el patrimonio estuvo vigente entonces ahora si analicemos un poco más artículo 13 como bien lo ha dicho la jurisprudencia especialmente la corte constitucional si se exime los últimos año sería y debe ser para la compañera permanente, yo tampoco comparto esa teoría pero bueno legalmente y jurisprudencialmente sea mantenido, pero si una mujer separada que sea ha probado que su separación que no es el caso nuestro tiene derecho a prescribir la pensión, percibiendo su pensión aun proporcional prorrateada cuando existe otra persona en el caso, que no existe nuestro caso compañera permanente mucho más cuando su matrimonio estuvo vigente y mantuvieron una relación

afectiva, una relación de apoyo mutuo, un apoyo de cariño como digo una de las testigos la señora Yolanda duraban horas hablando por celular de ella de las hijas etc., como extraño el análisis que hace el señor juez cuando dice que a la señora testigo tercera que le pregunta a que teléfono llamaban y dice a mi teléfono a mi casa, a donde mis padres y por qué llamaba, porque si era entre semana, porque no llamaba a la casa hombre eso es señor juez la mejor prueba que tenemos en este momento para demostrar la calidad de esposa y de señora pendiente de su marido aun que le preguntaba tal y como lo dijeron las hijas y las nietas llamaba a la casa también, también llamaba a la otra señora que los fines de semana lo cuidaba para preguntar por la salud el estado y la alimentación y droga de él, entonces toma el juez y varias veces lo repitió que por el hecho que la señora de floridez en estado unidos llamaba a la casa de los padres de la empleada que lo cuidaba los fines de semana era una o es una prueba grande para el juez, para negarle al pensión y yo me pregunto qué de malo tiene que entre semana preguntara por su marido a través de las demás personas que estaban en el círculo familiar, que estaban en el círculo del hogar para preguntar señor juez esa es la mejor prueba de la calidad de esposa que tenía don Manuel ahora vuelvo y hago mis preguntas, que no se sabe cómo fundamento de juez para negar que no se sabe cómo se distribuían los dineros que llegaban de estados unidos, es que los jueces los testigos hubieran podido decir cualquier cosa en mi caso no lo permito porque es que nadie llama a montar una película a decir me llegaron tantos pesos, voy lo saco al banco o al... donde sea y empiezo a decirle a todos los testigos voy a pagar los 250 de la señora fulana de tal, voy a pagar los 300 mil no la admiradora que era la niña de la hija menor Yilibeth, coge esos dinero e incluso se ve que es la que administra todo lo del hogar a cambio del esfuerzo que está haciendo su mama de los estados unidos, pero no tenía, ni tiene, ni es procedente, ni siquiera creíble y hoy me hubieran dicho los testigos que cogía 100 pesos, 200 para acá y 50 para este lado yo hubiera ducho eso es falso porque nunca eso se hace, no sé si la experiencia el juez le da que encuentre esos parámetros de un hogar, un hogar que está formado por unos hijos, uno en los estados unidos, una hija casa fuera del hogar y una hija soltera que vive por fuera del hogar pero que está pendiente de su hogar familiar paterna, 49 años de convivencia y la justicia hecho al vacío esa convivencia pongamos entonces si quieren señores magistrados, analicemos otra situación demos credibilidad al juez en lo que dijo, demos credibilidad al análisis probatorio que hace y entonces 39 años de convivencia con matrimonio vigente, con sociedad vigente no valieron para nada entonces la sentencia de la corte constitucional y la del a Doctora Deisy Cuello tampoco valieron para acá, simplemente nos fuimos exegéticamente del artículo 13 no lo interpretamos como lo ha interpretado las altas cortes todas las altas cortes la han interpretados y reitero señores magistrados el análisis que se hace es que haya no allá ruptura, que allá ayuda, que haya de mantener el afecto que tenían los esposos y así lo tuvieron, por eso cuando intervine el mis alegatos también hable de ejemplos que serán demasiados en la fuerza pública, cuando tienen sus legítimas esposas de sus bebes en Bogotá o en barranquilla o en Medellín y son trasladados a la zona de alto riesgo lo que antiguamente llamábamos zonas de trato rojo o sea de peligro para la vida de los servidores públicos de la fuerza pública no llegan nunca a sus hogares y tuve un caso, concreto de alguien de inteligencia de ejercito que duro alrededor de 7 años viviendo en Arauca solo como vendedor de lotería, como vendedor desechable etc., sin poder salir de haya para ir a serlos procesos de inteligencia pero aquí en este proceso de familia, donde se nota todo el aprecio, todo el cariño, yo personalmente con mi experiencia no vi nunca un solo aspecto de duda de los señores que dieron declaraciones en testimoniales en el día al contrario fueron al unísono. Si bien es cierto las personas que presentaron, especialmente a las dos señoras mayores que son la una analfabeta que no sabe leer, perdón que no sabe escribir y medio sabe leer y la otra señora hizo hasta quinto de primaria que ha venido llevado actividades puramente de servicios generales en los hogares de Bogotá, pues no son expertas, no son

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA falleció el 5 de junio de 2016 (carpeta 01 archivo 01 folio 15) y que para la fecha de su muerte recibía pensión de vejez otorgada por el ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante Resolución No. 017027 del 18 de diciembre de 1998 (*ibídem* folio 20). Tampoco se controvertió que la demandante, ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN, contrajo matrimonio con MANUEL JOSÉ BELTRÁN

abogados, no son jueces, no son magistrados, son personas que de formas espontanea en forma libre y en forma dijeron hoy a que nunca he visto yo, yo nunca he visto a esa señora ni hable con ninguna de ellas, ninguno de los testigos pero quede convencido de la idoneidad de su testimonio de la claridad con que dieron su testimonio sobre todo la rectitud que hicieron esas manifestaciones pero reitero a los honorables magistrados mi representada si tiene derecho a la pensión de sobreviviente causada por su legítimo marido el hecho que por fuerza mayor en los diez ultimo años allá tenido que irse para estados unidos y como ella lo dijo no puedo regresar a Colombia porque yo sí puedo yo le corregía en momento que oía personalmente aquí e internamente me decía esa palabra no puedo no es la correcta no debo pero también viene la segunda no podrá volver a lo estados unidos donde hoy está finando sus finales de vida hoy es una señora bien mayor de edad, entonces las sentencias de la altas cortes no la olvidamos en el día de hoy por esa razón y le reitero al señor juez, si la mujer casada separada con unión marital y matrimonio vigente tiene derecho a la pensión aun el causante conviviendo con una nueva esposa que se le llamada compañera permanente y aún tiene derecho mucho más caso que nos ocupa donde plenamente se demostró que era el concepto de familia yo quiero recordar el concepto de familia de la corte constitucional, familia es la unión de seres humanos consanguíneamente por curan el bienestar de todos sus miembros este conviviendo en el mismo sitio o no la convivencia en un caso de familia, no es absolutamente indispensable es una condición relativa que o se tuvo en cuenta por el señor juez en esta vez, por estas razones le ruego a los honorables magistrados que se revoquen la sentencia en su totalidad y se accedan a las pretensiones finalmente quiero hablar de la condena en costas es así aun empora más la decisión de juez, condenar en costas a quien acude al medio idóneo, al medio legal para que se le reconozca su pensión y viene el repudio castíguesele condenando en costas aquí no se le demostró señor juez en este proceso no se demostró ningún gasto que se hubiera hecho por parte ni de la justicia, ni de la parte pasiva para condenar en costas sele a dicho desde hace muchos años yo llevo 40 años en esto, se dicho más de 40 años que las costas deben demostrarse y aquí el juez condeno sin ningún argumento factico, ni jurídico, ni probatorio ni muchos menos se hayan causado las costas eso se llama denegación de justicia para la persona no vaya a los juzgados a los estrados judiciales para dirimir sus conflicto entonces se le castigas por eso ese es el origen de tanta violencia donde no se acude a la justicia que es el medio idóneo para dirimir las diferencias y acudamos entonces a la fuerza de hecho que es más barata porque allá no me condenan muy amable señores magistrados.”.

AVELLANEDA el 30 de abril de 2017, y que la sociedad conyugal no se había disuelto para la fecha de muerte del causante (ver registro civil de matrimonio en *ibídem* folio 17).

El Tribunal debe definir si se causó o no la sustitución de la pensión que reclama ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente del pensionado(a), si acreditan haber hecho vida marital con él hasta su muerte y convivencia por un período no inferior a los cinco (5) años inmediatamente anteriores al óbito. Sobre el requisito cuando existe cónyuge con separación de cuerpos y sociedad conyugal no disuelta, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido reiteradamente que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación, siempre y cuando demuestren haber convivido 5 años en cualquier época dentro del matrimonio², al margen incluso de que exista compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional al momento del fallecimiento del afiliado³ *“pues de esta manera se protege a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social”*⁴.

Resulta razonable tal entendimiento, a juicio del Tribunal, pues si bien la separación de cuerpos implica un distanciamiento en la vida afectiva de la pareja que integró una familia, bien puede subsistir entre ellos una *comunidad económica* hecho que jurídicamente se expresa en la existencia de sociedad

² Sentencia del 5 de junio de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

³ Sentencia del 24 de enero de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 41637 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

⁴ Sentencia SL 5260 de 29 de septiembre de 2021, M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

conyugal que, pese al distanciamiento físico se mantiene vigente. Por ello la pensión, cuyo destino es el sostenimiento de las personas que integraban una familia debe continuar en favor de quienes –en palabras de la Corte- *“han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo – elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia”*⁵.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, y las pruebas que acrediten convivencia por el lapso referido deben ser claras, contundentes y suficientes, pues en este tipo de pensión – también ha dicho la Corte- se protege únicamente a quienes integraban el grupo familiar y estable del que formaba parte el afiliado o el pensionado, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Por ello -ha dicho la Corte- el requisito de convivencia se debe evaluar, teniendo en cuenta que *“pueden existir eventos en los que cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUELAS QUEVEDO).

Con estos criterios y una vez revisadas en conjunto las pruebas del expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia, pues se probaron *lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua* continua entre la demandante y

⁵ Sentencia del 15 de septiembre de 2015 de la Sala Laboral de la CSJ rad 47173 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA, durante el matrimonio. Se demostró que el vínculo matrimonial existió desde el 30 de abril de 1967, el cual se mantuvo vigente hasta el 5 de junio de 2016, fecha de deceso del causante.

Así mismo, se advierte, conforme a la prueba testimonial practicada en audiencia (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Min. 31:29 y 49:22, y Hora 1:08:25 y 1:24:20) y las declaraciones *extraproceso* allegadas (carpeta 01 archivo 01 folios 42 a 48), respecto de las cuales no se exigió ratificación alguna por lo cual se presumen válidas, que la pareja convivió bajo el mismo techo hasta el año 2006, esto es, durante aproximadamente 49 años, tiempo en el que tuvieron 3 hijos, situación que por sí misma resulta suficiente para encontrar reunidos los requisitos de acceso a la prestación reclamada en los términos legales y jurisprudenciales antes citados.

Contrario a lo considerado por el juzgador de primera instancia, se advierte que los testimonios fueron claros y espontáneos en manifestar lo que conocieron por percepción directa, dados los vínculos de amistad con la pareja y sus hijos y nietos. Si bien se trata de personas que tienen una gran cercanía a la demandante, por ser los deponentes su hija y nieta, así como dos vecinas que la conocen hace más de 40 años una de las cuales fue contratada para el cuidado del causante hasta su deceso, es justamente dicha cercanía la que permite dar credibilidad a sus dichos, por tener el conocimiento directo de muchas de las situaciones narradas.

YILIBETH BELTRÁN HERNÁNDEZ, hija de la pareja, fue clara en señalar que la convivencia física se mantuvo hasta el año 2006, pues su madre debió irse a los Estados Unidos para obtener mayores recursos que ayudaran en el sostenimiento del hogar porque la pensión del causante, de un salario mínimo, resultaba insuficiente, especialmente por la agravación de la enfermedad del causante, pese a lo cual, aún en tales circunstancias persistieron los vínculos de afecto y ayuda mutua (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Min. 31:29).

Dicha manifestación fue enteramente concordante con lo declarado por su sobrina JEIMMY ANDREA TORRES BELTRÁN, nieta de la demandante, quien por su relación familiar también pudo darse cuenta de la convivencia de sus abuelos desde muy temprana edad y la persistencia de los vínculos que los unían aun cuando se encontraban físicamente separados (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Hora 1:08:25), y con lo manifestado por YOLANDA ROMERO CAMPO, quien conoció a la pareja por 45 años y, dice que hasta la fecha del viaje de la demandante nunca vio percibió una separación, por el contrario, dice que fue contratada para cuidar al de cujus los fines de semana y pudo evidenciar en el transcurso de sus labores que la pareja de comunicaba constantemente por vía telefónica, e incluso indicó que la demandante la llamaba a ella regularmente a preguntar por el estado de salud de su marido (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Min. 49:22).

Finalmente, si bien se advirtió cierta confusión en el testimonio de NUBIA ELENA MELÉNDEZ LÓPEZ, quien no tenía claridad acerca de la fecha de partida de la demandante, sí se evidenció que en su calidad de vecina de la pareja en el barrio Atenas desde 40 años atrás, tuvo conocimiento de la convivencia de los esposos, y debido a su comunicación con el causante y el grupo familiar que lo rodeaba, se enteró de las razones económicas que llevaron a la demandante a irse del país, así como de los envíos de dinero que realizaba ésta para el pago de los cuidados de su esposo, hasta la fecha del fallecimiento (Audiencia virtual del 15 de junio de 2022 – archivo 17 Hora 1:24:20).

Tales declaraciones, como se dijo, lucen espontáneas y dan clara cuenta, no sólo de la convivencia de la pareja durante más de los 5 años *en cualquier tiempo* exigidos por la norma y la jurisprudencia para acceder a la pensión de la esposa, sino también acreditan la persistencia del vínculo pese a la separación física por la necesidad de buscar ingresos superiores precisamente para atender la salud del marido que se venía deteriorando. Nótese que en

ningún momento se ocultó la separación física de los cónyuges, sino que, por el contrario, se dejó clara dicha situación desde el principio y se proporcionó suficiente material probatorio para establecer que no sólo existió convivencia *en cualquier tiempo*, sino que el vínculo afectivo y de apoyo mutuo estuvo vigente hasta el fallecimiento del causante.

Conforme lo anterior, procede el reconocimiento pensional a favor de la demandante.

No obstante, debido a que entre la fecha en que se notificó el acto administrativo que negó de manera definitiva la prestación pensional -8 de septiembre de 2017 (carpeta 07 folio 106) y la fecha en que se radicó la demanda -15 de diciembre de 2020- (carpeta 01 archivo 03), transcurrió un término superior a los 3 años de que tratan los artículo 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, procederá el pago únicamente a partir del 15 de diciembre de 2017, pues las mesadas anteriores se encuentran prescritas.

De otro lado, se negará el pago de intereses moratorios, pues según lo ha reiterado esta Sala en asuntos similares, solo se puede entender ocurrida una *mora* de la entidad obligada al pago de pensiones desde la fecha en que la prestación haya nacido en favor del afiliado (o beneficiario) por aplicación de la Ley como fuente formal del derecho dado que en nuestro país la jurisprudencia no es fuente formal de derecho. Por ello si como ocurre en el presente asunto, el pago de la prestación obedece a una interpretación judicial que extendió al caso concreto situaciones no previstas por el legislador, no se puede entender reticencia de la entidad pagadora y no se le puede condenar al pago de intereses de mora.

El pago de este estipendio correrá eventualmente por el incumplimiento de las obligaciones pensionales que la sentencia judicial ha reconocido desde que ésta queda en firme.

COSTAS de primera instancia a cargo de COLPENSIONES.

Sin costas en la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes por sustitución pensional de la prestación que recibía su esposo MANUEL JOSÉ BELTRÁN AVELLANEDA, a favor de ANA MARINA HERNÁNDEZ DE BELTRÁN, a partir del 15 de diciembre de 2017, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
3. **ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas
4. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandada. Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



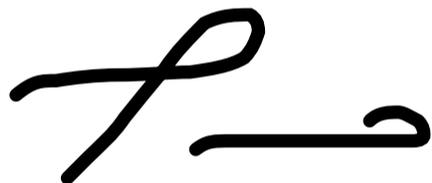
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RICARDO GUTIÉRREZ ESPÍNDOLA CONTRA
BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre de 2021. En ella, DECLARÓ que los pagos denominados “*concurros*” constituyen factor salarial y CONDENÓ al pago de diferencias en prestaciones sociales, vacaciones, sanciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, indemnización por despido, y aportes a seguridad social en pensiones, y DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción.

Téngase por reasumido el poder por el doctor Felipe Álvarez Echeverry, quien se identifica con T.P. 97.305, apoderado principal del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. Así mismo, téngase al doctor Nicolás Augusto Romero Páez, quien se identifica con T.P. 172.296, como apoderado sustituto del demandante, en los términos y para los fines del memorial de sustitución allegado.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RICARDO GUTIÉRREZ ESPÍNDOLA presentó demanda contra el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de diciembre de 2010 y el 7 de agosto de 2017, el cual terminó por decisión de la demandada sin justa causa, y se condene al pago *del faltante en la liquidación* conforme al *salario real devengado* en las primas de servicio, los intereses sobre las cesantías y las vacaciones de todo el tiempo laborado, la indemnización por despido y las cotizaciones a fondo de pensiones, así como a pagar la indemnización por no pago completo de las prestaciones sociales al finalizar el vínculo, según *“el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y y (sic) 99 de la Ley 50 de 1990”*. Como fundamento de lo pedido, afirma que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que terminó la demandada por despido sin justa causa con el pago de indemnización. En el contrato de trabajo se pactó, entre otros, que los pagos que recibiera el trabajador a título de *“concurso”* no constituirían salario, no obstante tenían la finalidad de remunerar al trabajador, pues no eran reconocidos de manera ocasional o por mera liberalidad del empleador sino que su valor variaba conforme al cumplimiento de metas como *Ejecutivo de Cuentas*, pese a ello no se tuvieron en cuenta para el pago de los aportes a pensiones, salud, ARL, *parafiscales* ni de las prestaciones sociales. Con posterioridad a su desvinculación, la demandada eliminó el pago de *“concurso”* de los contratos de trabajo. (Ver demanda en archivo 01 folios 6 a 34 y 102 a 133).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. a través de apoderada, quien aceptó la existencia del vínculo laboral y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones con fundamento en que en vigencia del contrato de trabajo se pagaron la totalidad de acreencias laborales conforme al salario efectivamente devengado por el actor, tanto en el componente fijo como variable, sin que se adeude suma alguna. Aduce que los *premios* derivados de los *concurso tarjetas de oficina, hipotecario, vehículo o pasivo* no constituyen salario para ningún efecto, pues tenían la única finalidad de

incentivar la actitud de servicio y un espíritu de sana competencia. Las comisiones ya reconocían las ventas realizadas, sin que sea lógico que se pague 2 veces por un mismo servicio, como lo insinúa la parte actora. Todo lo anterior siempre fue claro para las partes y para los demás trabajadores de la empresa, y las conocía el demandante desde que se desempeñó como *Ejecutivo de Cuentas* y más adelante como *Ejecutivo Renta Alta*, sin que en ningún momento de sus 7 años de vinculación cuestionara la naturaleza de los pagos, los cuales nunca ocultó la entidad bancaria, lo que además da cuenta de su actuar de buena fe. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción.* (Ver contestación en archivo 01 folios 197 a 215 y carpeta 05 archivo 02 folios 1 a 16).

En audiencia del 26 de octubre de 2021, la Juez de primera instancia fijó el litigio en determinar si los pagos denominados *concurros* tienen connotación salarial y si, en consecuencia, procede su inclusión para la reliquidación de las *prestaciones sociales, las vacaciones, los aportes al sistema de seguridad social en pensión y la indemnización por despido sin justa causa, y si hay lugar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 de CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990* (Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 Min. 05:01).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de octubre de 2021, en la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que los pagos denominados “*concurros*” constituyen factor salarial y, en consecuencia, CONDENÓ al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, diferencia en pago de la indemnización por despido y aportes a seguridad social en pensiones, y DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción. Para tomar la decisión, encontró los pagos por los denominados “*concurros*” retribuían directamente la labor del actor, sin que ello hubiera sido desvirtuado por la sociedad demandada, máxime cuando eran otorgados de manera periódica de conformidad con su labor individual y no se daban para el cumplimiento de su

labor por lo que incrementaban su patrimonio. Encontró que el término prescriptivo únicamente fue interrumpido para algunas acreencias que hicieron parte del reclamo escrito del trabajador, y las demás se contabilizarían desde la radicación de la demanda, según la fecha de exigibilidad de cada una, sin perjuicio de la imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social en pensiones.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que los pagos efectuados durante la relación laboral al actor por parte del empleador, denominados ‘concursos’, constituyen factor salarial. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a SCOTIABANK COLPATRIA al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero a favor del actor: Por concepto de diferencias salariales (sic), la suma de \$5.275.924 (sic). Por concepto de diferencia de los intereses de las cesantías, la suma de \$284.594. Por concepto de diferencia de prima de servicios, la suma de \$2.435.829. Por concepto de diferencia de vacaciones, la suma de \$1.832.800, debidamente indexada al momento de su pago. Por concepto sanción por consignar deficitariamente las cesantías, la suma de \$25.842.331. Por concepto de la sanción moratoria del artículo 65 (sic), la suma de \$107.551.440, que corresponden a un día de retardo desde el 8 de agosto de 2017 y hasta por 720 días, que se cumplen el 7 de agosto del 2019, más los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas, esto es, las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, desde el 8 de agosto de 2019 hasta que el pago se efectúe. Séptimo, por diferencia de la indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$8.514.259, que deberá ser pagada de manera indexada. (...). TERCERO: CONDENAR a la demandada SCOTIABANK COLPATRIA a realizar el pago de la diferencia de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta el salario real devengado por el demandante durante el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2011, fecha en que comenzó a recibir los emolumentos llamados ‘concursos’, y el 7 de agosto de 2017, con un índice base de cotización correspondiente a las diferencias salariales mencionadas, indicadas en la columna ‘Total de mes’ de los cuadros relacionados en el*

acápites de salarios, que serán adjuntados a la presente acta. CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta los argumentos expuestos, y no probadas las demás. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada a favor del demandante, dentro del cual (sic) se debe incluir como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.”
(Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 Hora 3:02:21 y archivo 02 Min. 00:00).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. manifestó que, contrario a lo manifestado por la Juez, los pagos remuneraban actividades *ocasionales* que adelantaban las gerencias y que premiaban la excelencia del trabajador, según resultados *excedentes o adicionales* al simple reconocimiento del desempeño, por el que sí se reconocían comisiones, que eran factor salarial y se tuvieron en cuenta para todos los efectos prestacionales. Tal como se evidenció con la prueba personal recaudada, los *concurros* no se hacían todos los meses y cada uno tenía condiciones diferentes, entre las que se encontraba la venta de determinados productos, sobre los cuales ya se había pagado una comisión, por lo que no tendría sentido que la empresa remunerara dos veces una misma actividad. De otro lado, pide revisar los cálculos elaborados por el Juzgado, pues considera que no se ajustan a derecho, entre otros, porque no se tomaron en debida forma las fechas a efecto de declarar la prescripción de acreencias, teniendo en cuenta que en la solicitud de conciliación elevada por la parte actora ante el Ministerio del Trabajo no se reclamaron todas ellas. En tal sentido, considera que no había lugar a condenar al pago de cesantías que se hicieron exigibles más de 3 años atrás de la reclamación, como las de los años 2011, 2012, etc. Lo mismo sucede con los aportes a pensión que deben entenderse prescriptibles. Finalmente, considera que hubo buena fe de la sociedad, la cual se presume, y mala fe del demandante, quien en ningún momento de la relación laboral presentó oposición a los pagos no salariales y por el contrario se benefició de ello al no efectuarse descuentos sobre dicho

monto para seguridad social, entre otros, y ahora se quiere beneficiar de la situación al presentar una demanda pasados más de 2 años desde la terminación del contrato, pese a que sabía leer y firmó en aceptación el acuerdo. Solicita que revoque también la condena en costas. (Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 archivo 02 Min. 04:58)¹.

¹ *“Me permito presentar el recurso de apelación frente al fallo proferido por usted el día de hoy en su integridad entonces teniendo en cuenta del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia que acaba de proferir en el en el sentido que conde a mi representante o condeno o determino que los pagos de concepto de concursos son salariales para todos los efectos me permito precisar al despacho que durante la parte resolutive a duce que no se logró por parte de la compañía, ,que sus pagos no tuvieran la naturaleza retributiva de servicio es decir que no se logró probar de estos pagos no son salariales y al respecto con todo respeto me permite indicar al despacho que conforme que va acreditado con suficiencia de la prueba testimonial recauda del día de hoy se logró determinar que los pagos por concepto de concursos correspondían a premios que se otorgaban en razón, a la excelencia de esta algunos trabajadores y que en razón excelencia al demandante se le reconocieron en vigencia de su relación laboral concursos pues que el único que tenían como finalidad realizar actividades conforme lo señaló el señor testigo CESAR que indico que los concursos eran actividades que se realizaban por parte de las gerencias para estimular la excelencia de los trabajadores que de manera ocasional se lanzaban concurso lo que sucedía era que podía ver que un producto y a pasar que un producto pues tuviera diferentes concursos durante una determinada temporalidad en ese sentido se indicó por para también del testigo que la métrica para obtener los concursos únicamente correspondían aquellos resultados excedentes o adicionales o simplemente un reconocimiento por un desempeños pues digamos distinto al que ya estaba remunerado con el salario básico y con la con la renta o con la remuneración variable es decir con las comisiones en este sentido se dejó por sentado por parte de los testigo se remuneraban el excedente pues de 100 porciento cumplimiento lo que se significaba era unos premios a la a excelencia se indicó también por parte del testigo que las comisiones eran distintas a la remuneración variable y que las comisiones dependían de la labor ejecutada durante el mes que llevaba a cabo el demandante que además olvido tener en cuenta el despacho dentro de su fallo que esa remuneración variable se calculaba teniendo en cuenta diferentes indicadores y dentro de esos indicadores está precisamente que vendieran unos determinados productos, productos que correspondiera a seguridad de vehículos a hipotecario a tarjetas a consumo, a pasivo, productos estos mismos por los cuales también cuando se daban las condiciones se reconocían los premios lo que se suponía que el demándate durante cada mensualidad al ejecutar su actividad comercial y comercializar o vender productos como los que acabo de definir obtenía el pago de la comisión es decir que es muy diferente el reconocimiento de un premio al reconocimiento de una comisión en ese sentido quedó acreditado la compañía lo probo a través de su testigo que no era lo mismo hablar de remuneración variable a hablar de concursos y que la remuneración variable toda vez que remuneraba de forma directa la actividad comercial del demandante pues era salarial para todos los efectos y tenía todas las consecuencias jurídicas que de ellos se deriva en ese sentido se debe tener en cuenta por parte del tribunal que precisamente el valor de los concursos, pues no corresponde a un valor determinado o aun valor cierto, sino como se puedo ver en los desprendibles denomina esos valores variaban lo que suponía precisamente, pues una diferencia en la consecución del mismo y que era pues digamos no salariales para todos los efectos se aclaran despacho qué se aclara pues al tribunal que el hecho de que la compañía reconozca un premio al mejor de un equipo o a los mejores de un equipo no quiere decir con ese premio se esté remunerando el servicio si yo le doy más o menos por un premio, si doy una bicicleta, si doy un viajes, si doy un asado, si una comida o si doy plata esa es la condición no desde dibuja la*

ausencia de una retribución directa servicios toda vez que la remuneración de la retribución directa al servicio coincide de forma directa con una actividad puntual e individualizada del trabajador en este caso pues del demandante el cumplimiento de su labor comercial lo cual se reitera el apagado de forma mensual por parte de la compañía y de sus pagos tenían connotación salarial para todos los efectos legales llama poderoso la atención que el actor habiendo estado como lo indico aproximado 7 años no haya elevado ninguna reclamación al respecto tendiente pues a modificar o a cambiar su esquema de compensación, si a ellos no estaban de acuerdo, es importante tener en cuenta que derivado al interrogatorio de parte, el demandante señaló precisamente cuáles son los productos que vendían e indico que se causaba las comisiones de acuerdo a la venta de los productos financieros indico que la remuneración variable, remunerable la actividad comercial también indico que pues recibía básicos y recibía comisiones recibía definiciones recibían algunos meses se dan concurso por diferentes productos lo que suponía que no en todos los casos pues se daban los pagos por los mismos y productos es importantes traer a colación pues la prueba testimonial la recauda por el señor CESAR quien nos dio bastante luces e interpretación digamos de lo que se está dando en cual efecto no ha tenido en cuenta por el despacho es importante tener en cuenta en efecto pues existe pues una diferencia clara entre el concurso y la renta o la remuneración variable de un trabajador y lo que se premiaba en estos casos, pues era la esencial reitero habiéndose previamente reconocido la actividad comercial demandante como salarial conforme se dé nota en los desprendibles de pago y la planillas de liquidación de aporte también es importante tener en cuenta la declaración tenida por la señora Beatriz que indicó que los concursos también se daban como premio de la excelencia qué aplicaban qué habían diferentes condiciones de determinación que se le informaban a los trabajadores y según se al caso por correo electrónico diferentes formas indico que los concursos no eran iguales que cada concurso eran distintos y tenían diferente condiciones de diferentes productos y diferentes premios que se iban obtener que a veces eran económicos que a veces no eran económicos y de esta manera pues importante tener en cuenta que también fue enfática en señalar que los concursos estaban enfocados a reconocer la excelencia de los trabajadores que vendieran ciertos productos que esos productos hacían parte de las variables que se media previamente cuando se calculaba la renta variable y es que ellos merecen un especial análisis porque no puede ser o no puede, no puede pasarse desapercibido que en una relación laboral pues se le paguen a los trabajadores y a los trabajadores de fuerza de ventas ciertas comisiones salariales que remuneraban precisamente el mismo el mismo servicio finalmente es decir que si la empresa pagaba comisiones por la ejecución de actividades comerciales el cumplimiento de las variables individuales como se explicó consumiente en este plenaria que ese pago se incluían los productos que luego podían o no ser objeto de concursos pues nada resultaría nada tiene que ver en nada o lógicamente en nada tiene que ver que luego entonces el premio que reconozca la compañía excelencia, también deba tener connotación salarial, pues reitera se precisamente premiar una actividad o primear un perdón un trabajador por su excelencia, no significa que sea remunerada la retención directa de servicio toda vez que reitero la retribución de servicio ya fue cancelada como se evidenciaron en las nóminas a través de los componentes de comisiones o remuneración variable en ese sentido reitero que un premio no significa una retribución directa del servicio pues eso ya fue pagado de manera previa por otro lado respecto a la condena preferida en el numeral segundo del fallo que acabó dictar la honorable juez respecto al pago la diferencia salariales ahí que tener en cuenta varios aspectos y la excepción de prescripción debe cobijar más acreencias a las que indico el despacho el día de hoy, en primer lugar pues se reite una diferencias salarial propiamente dicha y una diferencias salario al demandante pues no procede en todo caso no entendí el fallo si era la diferencia salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales o si habían diferencias salariales en si como el concepto de salarios que debían reliquidarse a la finalización de este fallo lo cierto es que pues diferencias salariales frente al salario pues no entiendo la suscrita como procede frente a lo cual al objeto y se opone rotunda y frentes a la diferencias en la reliquidación de las prestaciones sociales a las que arribo el despacho

el día de hoy también me permito objetar y pues oponerme a las mismas en tanto hay diferentes variables que merecían un estudio adicional reitero sin perjuicio que se rechaza de forma absoluta la declaración inicial respecto de la cual se desprende todos los pagos que están condenando el día de hoy al despacho sin perjuicio de lo anterior, si el tribunal considera mantener incólume el numeral primero de la sentencia que se acaba de proferir lo cierto es que la reliquidación que se llevó a cabo por parte del despacho de la oportunidad que se tuvo de verificar algunos cálculos, pues no se encuentran ajustadas a derecho en tanto pues en primer lugar la prescripción se debió al analizar de una forma pues adicional, analizado por despacho y es el despacho indica que hubo una presentación en el ministerio de trabajo de una solicitud de conciliación en esa solicitud de conciliación como lo indicó pues el despacho únicamente quedaron relacionados dentro de las peticiones que realizó al demandante en su momento las prestaciones sociales y un momento puntualmente únicamente se estableció dentro de las peticiones o las pretensiones que obran en la primera hoja del acta de no conciliación, no me acuerdo de fecha 27 de febrero del 2019, liquidación de prestaciones intereses moratorios no quedo relacionado ninguna otra acreencia laboral respecto de las cuales además se profirió condena el día de hoy en ese sentido y si se toma de manera amplia, el tema de liquidación de prestaciones pues uno podría entender que en efecto, pues no quedaron ni siquiera incluida la totalidad de las prestaciones que fueron objeto de condena y es que si bien es cierto, el acta de conciliación o cualquier documento que tenga efectos de interrupción de la prescripción basta, pues con señalar el derecho que expresamente se está reclamado para efectos de interrumpir la prescripción y es que en ese sentido liquidación de prestaciones sin que se haya identificado cuáles son las prestaciones y además como le indico el despacho pues las vacaciones nos encontrarían dentro de las prestaciones tampoco se encontraría precisamente, pues la indemnización y tampoco se encuentran puntualmente la indemnización de qué trata el artículo 99 ley 50 que la indemnización por él no pago de cesantías en ese sentido lo que es uno supone que los pagos que no se encontraron mejor dicho las pretensiones y las acreencias laborales que los encontraron dentro de esta acta de conciliación no fueron objeto de interrupción de la prescripción de manera que al no haberse incluido, por ejemplo, el valor de la indemnización por no consignación de las cesantías vacaciones lo cierto es que esa acta pues no tuvo efecto que esas esas esas pretensiones un frente a esas creencias y de manera alguna puede proceder una indemnización por conización por no consignar esas cesantías frente al monto que indico el despacho en ese sentido se debe tener qué no hubo una interrupción de la prescripción frente a la creencias con el acta de conciliación del 27 de febrero del 2019 y en esa media se tiene la no presentación de la demanda fue el único documento que interrumpe la prescripción presentación de demanda, qué ocurrió el 2 de septiembre del año 2019 si lo que supone que todas las prestaciones o acreencias que no hayan sido objeto de interrupción con anterioridad al 2016 se encuentran irremediablemente prescritas toda vez que reitero que este documento de interrupción de la prescripción no tuvo efectos frente a la totalidad de las acreencias que fue el objeto demanda y que fueron objeto que condena el día de en ese sentido y con todo respeto y le solicito al honorable tribunal se analiza el efecto de la interrupción de este documento en el sentido pues puede declarar el prescritas las acreencias que no fueron fue objeto de interrupción por parte del actor en está en esta acta de conciliación así mismo es evidencia por ejemplo que el despacho condena a cesantías y a prima, primacía diferentes acreencias laborales y condena principalmente a cesantías desde marzo del año 2011 y pues en todo caso se debe aclarar que todas las prestaciones sociales y este recurso digamos tiene efectos frente a ello que todas las prestaciones sociales y de todas las acreencias laborales, pues una prescripción y que la prescripción en materia laboral es de 3 años desde la fecha de causación luego no tiene la suscrita por que la señora juez condena al pago de la cesantías si no al pago de las cesantías desde marzo del año 2011 cuando quiera que en todo caso la fecha de consignación de las cesantías y las cesantías y pues también tienen una prescripción y desde la fecha de causación y las cesantías se causan es decir el empleador tiene el plazo de consignarlas hasta el 14 de febrero del año

del año en curso toda en todo caso la prescripción se debería contar de una vez se hace exigible el pago de esa prestación lo que supone que sería un año después en este sentido el término de la prescripción pues tuvo efecto frente a la de los periodos del año 2011, 2012, 2013 y subsiguientes decir no quiere decir que el término prescriptivo de la cesantías cambia de 3 años desde la fecha de exigibilidad y se tome en cuenta, pues el término de la finalización de contrato de trabajo en el sentido como bien fue expuesto por la juez, si viene ahí una causación diferente para cada prestación social y para cada acreencia laboral lo cierto, es que el término prescriptivo es de 3 años desde la fecha de la exigibilidad de la acusación de la prestación, la creencia luego la mayoría de las acreencias respecto a las cuales se procede a condenar a mi representada, pues estaban inexorablemente prescritas no había lugar a condenar por ejemplo al pago de la cesantías por el año 2011, 12, 13, 14, 15 frente al actor adicionalmente se debe tener el presente por parte del tribunal y con todo respeto, qué es el día de hoy se condenó a la indemnización moratoria de qué trata el artículo 65 y a la indemnización por él no pago de cesantías decretar artículo 99 ley 50 de 1990 y es que al respecto se indica que está estas sanciones no proceden de forma automática, cómo lo indica el honorables despacho únicamente proceden cuando quiera que se haya acreditado la mala fe del deudor en este caso la compañía y es que no se puede perder de vista y merece un análisis especial el hecho de que en estos casos cuando quiera que los trabajadores ni siquiera reclamando ni siquiera advierten la forma en la que se están haciendo las liquidaciones durante aproximadamente 7 años y únicamente cuándo se acaba el contrato de trabajo recuerda o cuando se acaba el contrato de trabajo advierte que sus conceptos si eran salariales esa inoperancia o esa falta precisamente de conciencia y esa falta precisamente de manifestación por parte del demandante no puede pasar desapercibido es decir no es ajustado a la regla o no está ajustado a los principios generales del derecho que una persona que se estuvo beneficiando por 7 años de la situación porque en estricto sentido el hecho de que un pago sea considerado salarial o no tiene efectos también en los ingresos directos o mensuales demandante y es que cuando un pago salarial pues tanto para los dos partes se deben realizar a fuerza sistema de seguridad social sobre una base superior lo que su pone que el demandante tiene un descuento superior cada mensualidad si se toma en cuenta una base superior a la que reitero se tomó previamente en vigencia de la relación laboral entonces hay varias situaciones que se deben analizar en todo analizar la buena o la mala fe y es que no necesariamente el hecho de que exista un documento o que se haya determinado que ese documento en el salario que simplemente se analiza situaciones fácticas distintas a las que nos ocupa el día de hoy como que la sociedad demanda, pues no actúa de buena fe, porque a través de un documento tratado de restarle efectos a lo que denominara la realidad o trato escudriñarse principio primacía realidad sobre las formas, pues lo cierto es que el trabajador fue absolutamente consciente de todo lo que hizo el trabajador también participó en esos acuerdos, en el trabajador para leer escribir y entender que significan cada uno los acuerdos, que se suscribían entre las para el trabajador tuvo ingresos adicionales al salario durante aproximadamente 7 años de los cuales reitero no se efectuaron deducciones algunas en materia de seguridad social luego el trabajador también tuvo ese dinero absolutamente libre para su bolsillo durante aproximadamente 7 años sin que haya efectuado ninguna reclamación a respetar y es que reitero el demandante era una persona capacitada con conocedora de causa y sabía leer y escribir luego entonces no puedes ir al despacho que la sociedad la que representó actuó con la más absoluta mala fe y que por esa razón, entonces proceden las condenas por indemnizaciones moratorias, de qué trata artículo 65 y de que trata el artículo 99 de la ley 50 pues reitero que el trabajador también participó en esos acuerdos y también se benefició entonces si la palabra es esa para hablar, pues digamos una mala o buena fe de esas situaciones que reitero sucedieron por aproximadamente 7 años como el despacho lo tiene pues en su conciencia y entonces no puede ser válido que después de aprovecharse también de una situación por 7 años presentó una demanda solicitudes indemnización moratorias porque a juicio del entonces estuve engañado relación laboral y nunca participó en los acuerdos, si nunca suscribió ningún documento o si suscrito algún documento pues ese documento no

era válido entonces el argumento principal y es con todo respeto y es que las partes no se pueden sustraer de las obligaciones o de las manifestaciones o de lo que previamente se acuerdan un contrato de trabajo ahora sí estamos en el en el escenario en que se acuerdo no fue válido porque en virtud del principio de la primacía de la realidad no se podía acordar, que esos pagos conformen no eran salariales conforme la declaración que llevó a cabo el juzgado pues el día de hoy lo cierto, es que eso de ninguna manera inválida que el demandante haya aceptado esta condición sin ningún reparo porque no obra en el plenario ninguna prueba donde el demandante haya solicitado o allá exigido o haya preguntado o haya fórmula un derecho de petición o haya hecho algún tipo de conducta respecto de la cual se puede evidenciar que no estaba de acuerdo con esa remuneración únicamente lo vino a hacer cuando su contrato de trabajo se acaba es más 2 años después de que el contrato se acaba que fue cuando se dio la primera a la reunión del ministerio del trabajo que fue en febrero del año 2019 y es que la mala o la buena fe o mejor dicho la buena fe, en las relaciones contractuales es de las dos partes no es solamente que sea un misterio que se tenga que analizar la mala fe de la sociedad de la sociedad es demanda o de las empresas cuando se están haciendo análisis de buena o de mala fe si él no se desconoce los presidentes lo cierto, es que el análisis de las mala fe es un análisis profundo es un análisis el que se debe tener en cuenta la conciencia o se debe tener en cuenta la convención en que la parte actúan tendiente o no a causar un daño tendiente o no a infringir alguna disposición tendientes o no a generar de un perjuicio a la par y es que lo que está aprobado el plenario es todo lo contrario reitero el análisis de la buena fe se tiene que ser de forma profunda y se tiene que analizar también la conducta de la contraparte no puede ser cierto que una persona se beneficie una situación por 7 años demande obtenga el reconocimiento indemnizaciones por más de \$200.000.000 y venga a decir que eso no era así porque no lo quería esa forma y por qué no lo firmo esa manera cuando estuvo 7 años con esa misma y no reclamo absolutamente nada, cuando además se benefició porque reitero no fue objeto de los descuentos que legalmente debía suponer esos montos que hoy el juzgado declara como salariales, yo creo que el análisis se tiene que enfocar en una conducta consensual de las dos partes donde sean como o no están cumpliendo las los acuerdos contractuales, si no sé es contrario a la buena fe es contrario a los principios generales del derecho, es contrario al principio enriquecimiento sin causa, que luego pues de mantener una situación de esa manera se prefiera una condena porque según el despacho y porque según el demandante pues esas conductas son de mala fe, porque se trató de quitarle efectos a un pago que era salarial, cuando el demandante no hizo absolutamente nada y se benefició de esa condición por que tuvo pagos sin objeto de descuentos es un análisis profundo que se tiene que hacer porque no puede hacer entonces que ahora los trabajadores o la persona pretende restablecer efectos a los actos propios es que es que el trabajador muy consciente el demandante no se le limite, al demandante no se le obligo a firmar ningún documentos el demandante es más consciente fue tan consiente que no era salarial fue tan consiente de esa situación que jamás presento alguna reclamación entonces esas son aspectos que se tienen que valorar no puede ser un análisis generalizado de que la jurisprudencia dice que cuando quiera que esto pase hay condena automáticamente por sanción moratoria de qué trata artículo 65 artículo 99 de ley 50 los análisis tienen que ser para cada caso concreto, el análisis tiene que revisarse puntualmente la forma en que las partes ejecutaron el contrato de trabajo eso es lo que busca es que a la terminación del contrato de trabajo cuáles son las condiciones propias que se dieron pero entonces una persona que tenía contrato de trabajo pasan dos años y hace una reclamación entonces automáticamente la sociedad demandada es una persona es una persona jurídica que actúa de mala fe es decir, cuál es el análisis valoratorio (sic), cuál es el análisis, cuál es el debido proceso en el sentido de analizar las condiciones propias de una mala o de una buena fe yo creo que si bien hay jurisprudencia que no desconoce la suscrita que conoce perfectamente lo cierto es que la jurisprudencia también ha dicho que los casos se deben analizar de forma concreta y eso en forma de individualizar y que los pacto de discusión salarial que luego se desestima, pues no necesariamente implican una sanción moratoria toca ver cuál fue la conducta de

las partes no puede ser no es absolutamente distinto que un trabajador desde el día 1 hubiese estado coaccionado hoy del día 1, por ejemplo no se le reconociera salarios variables y solamente tuvieron básico, qué son las sentencias que inicialmente se revisaban por la corte es muy distinto un trabajador que solo tuvo salario básico y el resto de pagos no salariales a la situación que nos ocupa el día de hoy que un trabajador tuvo salario básico salario variable salarial y que adicionalmente tuvo premios son condiciones fácticas y jurídicas absolutamente distintas que me recen un análisis especial por parte del tribunal para precisamente analizar el contenido buena o de mala fe y esas condiciones se probaron por parte de mi presentada luego no podría tampoco de ser admisible sé decir que no probe porque además la buena se fe se presume y entonces no puedo entrar de manera previa señalando que la sociedad es la sociedad actuó de mala fe, porque un documento donde se desalarisaron unos premios que fue válidamente, pues aceptado por él demandante entonces sin perjuicio de todo lo antes dicho y sin perjuicio de los análisis que se hagan al fondo del asunto a la existencia o no del derecho del demandante lo cierto, es que esta suscrita rechaza de forma absoluta sanción impuesta por parte del despacho por concepto de indemnización moratoria y de la indemnización de qué trata el artículo 99 de la ley 50 perdón adicionalmente esta última indemnización también es objeto, pues de prescripción porque primero, no quedó dentro del documento que fue objeto de intervención de la acción y segundo porque de todas maneras está indemnización pues se causaría año tras años decir esta indemnización no se causa a la finalización del contrato si no que se causaría año tras año lo que merece un año especial parte del tribunal para precisamente definir en efecto cuál es el concepto, no esté afectados por el principio, perdón por la por la excepción de prescripción, respecto al numeral tercero relacionado con la indemnización por despido sin justa causa, pues se retira lo expuesto previamente en el sentido de señalar que los pagos por concepto de premios pues no tenían connotación salarial y en esa medida pues la indemnización por despido sin justa causa fue calculada de forma adecuada se le reitera al tribunal en estos caso se tiene que analizar el principio de consonancia es decir que lo pedido debe estar acorde con lo dado y en ese tiene sentido se deben analizar sin efecto no procedida la indexación frente a las condenas que a la condena de la indemnización por despido sin justa causa y vacaciones que profirió pues el despacho respecto a los aportes a pensión, si bien el despacho indicó que no procede la prescripción citando algunos precedentes jurisprudenciales lo cierto, es que se tienen que diferenciar dos cosas tratándose de una de condenas por concepto de prescripción y es que es distinto y cómo es bien sabido por todos nosotros pues qué si hay unos efectos prescriptivos en tanto a las mesadas pero para caso puntual que quiero traer a colación es distinto el hecho de que la persona como trabajador tenga derecho pensional sí y ese derecho pensional, pues no prescribe como de forma se acertada lo indico el despacho pero es distinto la solicitud o la declaratoria de esas cotizaciones y es que también ha sido objeto de análisis por parte de tribunal sala laboral tribunal de Bogotá cuando quiera que se están solicitando declaraciones de contratos de trabajo y declaraciones de acreencias distintas a la que se tuvieron en cuenta en su momento en lo cierto es que la declaración de sus aportes o la acción para yo pedir aportes pues también existe o tiene un término prescriptivo no puede ser qué un trabajador después de 10 15 y 20 años 5 años 2 años recuerden o entienda que sus pagos son base para llevar a cabo la las cotizaciones cuando quiera que la declaratoria o esa acción como tal también puede ser objeto de prescripción termino pues digamos que como lo sabemos nosotros es de 3 años y así sucesivamente lo que sucede y lo que pone pues de presente el termino prescriptivo se tienen que analizar en estos casos así las cosa, honorable tribunal de forma respetuosa y juzgado presentó mi recurso, pues de apelación con la finalidad pues que se revoque en todas las condenas que fueron impuestas a mi representada se revoquen todos los pagos que condenó el despacho el día de hoy a mi representada se revoque la condena en costas y que fueron pasadas en agencias en derecho por tres millones de pesos (\$3'000.00) de pesos y que en su lugar se absuelve a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en tanto absolutamente claro y se logró probar el material probatorio recaudado el día de hoy que los pagos por concepto de premios no tenían

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) que entre el demandante y BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. existió un contrato de trabajo entre el 15 de diciembre de 2010 y el 7 de agosto de 2017, el cual terminó por despido sin justa causa previo el pago de la indemnización correspondiente; ii) que durante el vínculo, el trabajador percibió salario compuesto por una parte fija y una variable, sobre las cuales se calcularon y pagaron sus acreencias y aportes sin tener en cuenta los conceptos recibidos a título de *concurros* (archivo 01 folios 74 a 93 y 217 a 276, y carpeta 05 archivo 02 folios 27 a 244).

Por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si los pagos efectuados al trabajador a título de *concurros* eran o no salario; y en dado caso, (ii) si la demandad adeuda algún valor al demandante título de reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, e indemnización de despido sin justa causa, y (iii) si procede o no el pago de indemnización moratorias por no consignación completa de las cesantías a un fondo y por del no pago completo de salarios y prestaciones al terminar el vínculo.

i) NATURALEZA SALARIAL DE LOS PAGOS POR *CONCURSOS*. Para resolver sobre esta materia se debe advertir que, si bien el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda*

connotación salarial y que si en el hipotético caso que yo hubiese sido, pues de esa manera lo cierto, es que las condenas que se profirieron no observaron el principio oración observaron de forma coherente la excepción de prescripción y en su medida tampoco habría el lugar y precisamente a proceder al pago de las indemnizaciones tanto moratoria artículo 65 como la decepción y perdón la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1999 a si las cosa que da presentado mi recurso de apelación gracias.”.

razonable que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretendan excluir.

El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es por ello de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

En consecuencia, para decidir controversias como la que se estudia y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos labores cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral no puede otorgar validez al pacto de exclusión

salarial cuando verse sobre pagos que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una duda razonable sobre esta situación (es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador), habilitará la transacción o *pacto* mediante la cual las partes excluyen el pago de la liquidación de los derechos laborales.

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto encontró probada naturaleza salarial en los pagos recibidos por el demandante y denominados en los desprendibles de nómina *concursos* de: *vehículo, banca personal, banca seguros, tarjeta de oficinas, pasivo, hipotecario y consumo* (archivo 01 folios 82 a 93 y 237 a 265, y carpeta 05 archivo 02 folios 57 a 244), pues de las pruebas aportadas no se deduce una duda razonable que permitiera zanjar una diferencia sobre su carácter retributivo, o que se hubieran otorgado no “*para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*”², menos aun sobre su habitualidad.

Ninguna prueba documental se allegó sobre su destinación u otras razones que permitieran entender que no tenía naturaleza retributiva del servicio. Por el contrario, de lo dicho en el interrogatorio de parte por el representante legal de la demandada (Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 Min. 17:12) y los testimonios allegados por ésta, CÉSAR AUGUSTO RAMÍREZ CASTILLO y BEATRIZ CASAS BERMEO (Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 Min. 56:12 y Hora 1:35:50, respectivamente), resulta claro que tales pagos se originaban y tenían relación directa con la cantidad y la calidad de trabajo que desempeñaba el demandante.

² Artículo 128 del CST.

Tales declaraciones coinciden en señalar que los *concursos* tenían la finalidad de estimular la venta de determinados productos de la entidad bancaria conforme a lo cual *premiaban* a los trabajadores que no sólo superaran una determinada *métrica* o meta, sino que fueran los que mayor cantidad de productos *colocaran* -vendieran- dentro de los que se encontraban productos crediticios hipotecarios, para vehículo, tarjetas de crédito, etc. Si bien advirtieron, reiteradamente, que la finalidad del *concurso* era *premiar la excelencia* e incluso *promover la sana competencia*, salta a la vista que se trataba de una contraprestación por el servicio del trabajador a título de *bonificación* o *comisión* que se causaba directamente por los servicios que el demandante prestaba (Audiencia virtual del 26 de octubre de 2021 – carpeta 18 archivo 01 Min. 34:52).

Así mismo, pese a que la demandada y los testigos allegados por ésta fueron enfáticos en señalar que los *concursos* eran ocasionales, que tenían diferentes modalidades, que los premios no siempre eran monetarios, que inusualmente se los *ganaban* los mismos empleados, y que muchas veces se otorgaban simplemente a la oficina o zona en general donde se registraban más ventas, resulta de las pruebas aportadas al expediente que los pagos por dichos rubros se hicieron habitualmente durante la vinculación del demandante, al menos entre marzo de 2011 y agosto de 2017 (fecha de terminación del vínculo) según se advierte de la relación de pagos y de los desprendibles de nómina del trabajador, algunos de los pagos se hicieron todos los meses (“*Concurso Tarjeta de Oficinas*”) y otros con periodicidades diferentes pero también de forma habitual o constante (archivo 01 folios 82 a 93 y 237 a 265, y carpeta 05 archivo 02 folios 57 a 244).

Así las cosas, la claridad del carácter salarial que tenían los pagos excluidos de la liquidación del demandante, impedía la validez del acuerdo mediante el cual se pretendió excluirlos de la base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante con la afirmación genérica contenida en la cláusula séptima del contrato suscrito, según la cual “*todo beneficio o auxilio individual, ya sea en dinero o en especie, tales como medios de comunicación (celular,*

beeper u otros), pago de seguros por vehículos, o primas de vacaciones, mitad de año, de diciembre o Navidad, o de antigüedad o similares, cualquiera que sea su denominación: vestuario, alimentación tiquetes de sodexho (sic) o sus equivalentes, transporte, incentivos, premios, concursos, participaciones cualquiera que sea su origen y denominación, no constituye salario para ningún efecto laboral, ni de liquidación o reliquidación del factor prestacional” (archivo 01 folios 268 a 272).

De las pruebas aportadas se deduce sin duda alguna tales pagos retribuían directamente los servicios del trabajador (carácter retributivo – primera característica del salario-) ³ ⁴, que su pago se hacía de forma periódica (segunda característica del salario), y que el demandante podía destinar libremente las sumas que recibía, por lo cual constituían un ingreso personal por oposición a los pagos que –en palabras del artículo 128- reciba el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por su empleador como los gastos de representación (tercera característica del salario).

Carecía entonces de validez el pacto mediante el cual se pretendió la exclusión de la base de liquidación de las acreencias laborales del demandante.

³ *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.*

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *“(…), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.*

(ii) Pasa ahora la Sala a verificar los valores tenidos en cuenta en la sentencia apelada para dictar las condenas.

Realizadas las operaciones aritméticas pertinentes se obtienen los siguientes promedios mensuales, únicamente en cuanto a las diferencias salariales que por concepto de *concursum* percibió el actor:

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

2011	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Mar	\$100.000,00	\$450.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$550.000,00
Abr	\$0,00	\$150.000,00	\$0,00	\$15.000,00	\$300.000,00	\$0,00	\$0,00	\$465.000,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$24.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$24.000,00
Jun	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00
Jul	\$90.000,00	\$0,00	\$0,00	\$20.000,00	\$0,00	\$759.177,00	\$0,00	\$869.177,00
Ago	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$35.000,00	\$0,00	\$450.000,00	\$0,00	\$485.000,00
Sep	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$40.000,00	\$150.000,00	\$327.000,00	\$0,00	\$517.000,00
Oct	\$50.000,00	\$0,00	\$0,00	\$30.000,00	\$150.000,00	\$399.000,00	\$0,00	\$629.000,00
Nov	\$262.450,00	\$0,00	\$0,00	\$180.000,00	\$450.000,00	\$880.500,00	\$0,00	\$1.772.950,00
Dic	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00	\$400.000,00	\$435.000,00	\$0,00	\$845.000,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$616.713
2012	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00	\$400.000,00	\$267.000,00	\$0,00	\$677.000,00
Feb	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00	\$800.000,00	\$336.000,00	\$0,00	\$1.146.000,00
Mar	\$96.000,00	\$0,00	\$0,00	\$20.000,00	\$600.000,00	\$525.459,00	\$0,00	\$1.241.459,00
Abr	\$268.100,00	\$0,00	\$0,00	\$30.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$298.100,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$30.000,00	\$0,00	\$1.124.159,00	\$0,00	\$1.154.159,00
Jun	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$35.000,00	\$0,00	\$540.000,00	\$0,00	\$575.000,00
Jul	\$160.000,00	\$0,00	\$0,00	\$47.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$207.000,00
Ago	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$27.000,00	\$0,00	\$352.043,00	\$0,00	\$379.043,00
Sep	\$300.000,00	\$0,00	\$0,00	\$45.000,00	\$0,00	\$2.340.000,00	\$0,00	\$2.685.000,00
Oct	\$192.600,00	\$0,00	\$0,00	\$60.000,00	\$120.000,00	\$270.000,00	\$0,00	\$642.600,00
Nov	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$50.000,00	\$1.080.000,00	\$1.105.448,00	\$0,00	\$2.235.448,00
Dic	\$100.000,00	\$0,00	\$0,00	\$10.000,00	\$0,00	\$105.000,00	\$0,00	\$215.000,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$954.651
2013	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$225.000,00	\$0,00	\$0,00	\$50.000,00	\$0,00	\$279.000,00	\$0,00	\$554.000,00
Feb	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$30.000,00	\$240.000,00	\$271.965,00	\$0,00	\$541.965,00
Mar	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$120.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$120.000,00
Abr	\$55.175,00	\$0,00	\$0,00	\$180.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$235.175,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$195.000,00	\$0,00	\$945.000,00	\$0,00	\$1.140.000,00
Jun	\$223.920,00	\$0,00	\$0,00	\$200.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$423.920,00
Jul	\$130.950,00	\$0,00	\$0,00	\$402.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$532.950,00
Ago	\$115.800,00	\$0,00	\$0,00	\$250.000,00	\$0,00	\$261.416,00	\$0,00	\$627.216,00
Sep	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$195.000,00	\$0,00	\$340.500,00	\$0,00	\$535.500,00
Oct	\$281.850,00	\$0,00	\$0,00	\$185.000,00	\$0,00	\$210.000,00	\$0,00	\$676.850,00
Nov	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$150.000,00	\$0,00	\$81.000,00	\$0,00	\$231.000,00
Dic	\$171.315,00	\$0,00	\$0,00	\$195.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$366.315,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$498.741
2014	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$20.000,00	\$0,00	\$838.200,00	\$0,00	\$858.200,00

Feb	\$71.280,00	\$0,00	\$0,00	\$127.000,00	\$0,00	\$161.870,00	\$0,00	\$360.150,00
Mar	\$0,00	\$0,00	\$13.500,00	\$370.000,00	\$0,00	\$199.500,00	\$0,00	\$583.000,00
Abr	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$340.000,00	\$0,00	\$723.000,00	\$0,00	\$1.063.000,00
May	\$139.500,00	\$0,00	\$0,00	\$481.200,00	\$0,00	\$781.095,00	\$0,00	\$1.401.795,00
Jun	\$75.000,00	\$0,00	\$0,00	\$170.160,00	\$0,00	\$135.000,00	\$0,00	\$380.160,00
Jul	\$50.000,00	\$0,00	\$0,00	\$457.120,00	\$500.000,00	\$193.500,00	\$0,00	\$1.200.620,00
Ago	\$280.000,00	\$0,00	\$0,00	\$160.000,00	\$500.000,00	\$540.000,00	\$0,00	\$1.480.000,00
Sep	\$110.000,00	\$0,00	\$0,00	\$467.200,00	\$250.000,00	\$280.000,00	\$0,00	\$1.107.200,00
Oct	\$202.000,00	\$0,00	\$0,00	\$393.552,00	\$0,00	\$145.104,00	\$0,00	\$740.656,00
Nov	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$400.600,00	\$0,00	\$550.768,00	\$0,00	\$951.368,00
Dic	\$150.000,00	\$0,00	\$0,00	\$421.560,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$571.560,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$891.476
2015	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$250.000,00	\$0,00	\$0,00	\$199.242,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$449.242,00
Feb	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$665.223,00	\$0,00	\$509.000,00	\$0,00	\$1.174.223,00
Mar	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$437.601,00	\$0,00	\$611.919,00	\$0,00	\$1.049.520,00
Abr	\$380.000,00	\$0,00	\$0,00	\$1.060.000,00	\$0,00	\$309.068,00	\$0,00	\$1.749.068,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$717.736,00	\$0,00	\$247.500,00	\$0,00	\$965.236,00
Jun	\$250.000,00	\$0,00	\$0,00	\$761.856,00	\$500.000,00	\$393.246,00	\$0,00	\$1.905.102,00
Jul	\$90.000,00	\$0,00	\$0,00	\$1.010.000,00	\$750.000,00	\$210.000,00	\$0,00	\$2.060.000,00
Ago	\$110.000,00	\$0,00	\$0,00	\$513.667,00	\$250.000,00	\$274.399,00	\$0,00	\$1.148.066,00
Sep	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.060.000,00	\$0,00	\$525.000,00	\$0,00	\$1.585.000,00
Oct	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.240.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.240.000,00
Nov	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.060.000,00	\$0,00	\$347.287,00	\$0,00	\$1.407.287,00
Dic	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$20.000,00	\$0,00	\$189.000,00	\$0,00	\$209.000,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$1.245.145
2016	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$25.000,00	\$0,00	\$375.000,00	\$0,00	\$400.000,00
Feb	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$2.010.000,00	\$0,00	\$0,00	\$110.000,00	\$2.120.000,00
Mar	\$100.000,00	\$0,00	\$0,00	\$1.020.000,00	\$0,00	\$195.000,00	\$210.000,00	\$1.525.000,00
Abr	\$100.000,00	\$0,00	\$0,00	\$1.015.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.115.000,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$138.463,00	\$0,00	\$131.900,00	\$0,00	\$270.363,00
Jun	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.070.000,00	\$0,00	\$315.000,00	\$0,00	\$1.385.000,00
Jul	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.275.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.275.000,00
Ago	\$207.450,00	\$0,00	\$0,00	\$229.400,00	\$0,00	\$303.000,00	\$0,00	\$739.850,00
Sep	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$308.875,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$308.875,00
Oct	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$373.414,00	\$0,00	\$100.000,00	\$17.668,00	\$491.082,00
Nov	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$747.899,00	\$0,00	\$225.750,00	\$225.000,00	\$1.198.649,00
Dic	\$502.720,00	\$0,00	\$0,00	\$296.417,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$799.137,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$968.996
2017	C. Vehículo	C. Banca Pers.	C. Banca Seg.	C. Tarjetas Of.	C. Pasivo	C. Hipotecario	C. Consumo	Total Mensual
Ene	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$63.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$63.000,00
Feb	\$200.000,00	\$0,00	\$0,00	\$527.432,00	\$200.000,00	\$0,00	\$0,00	\$927.432,00
Mar	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$538.333,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$538.333,00
Abr	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$819.533,00	\$0,00	\$687.500,00	\$910.000,00	\$2.417.033,00
May	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$508.198,00	\$0,00	\$875.000,00	\$200.000,00	\$1.583.198,00
Jun	\$0,00	\$0,00	\$70.000,00	\$126.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$196.000,00
Jul	\$0,00	\$0,00	\$70.000,00	\$1.556.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.626.000,00
Ago	\$487.000,00	\$0,00	\$583.000,00	\$826.000,00	\$0,00	\$0,00	\$0,00	\$1.896.000,00
Diferencia Salarial Promedio Mensual								\$1.278.387

Los valores obtenidos resultan idénticos a los calculados en primera instancia para los años 2011, 2012 y 2014, no así para los años 2013, 2015, 2016 y 2017 en que las diferencias resultaron superiores a las determinadas por la

Juez *a quo* (carpeta 18 archivo 03 folios 6 a 12) que se mantendrán para no afectar el interés de la parte en cuyo favor se está estudiando el proceso en segunda instancia (principio de “*no reformatio in pejus*”)⁵.

Antes de estudiar los valores tasados en la sentencia apelada, se debe definir la prescripción de acción. Para este efecto, los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. El término corre “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*” y “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez*”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual al inicial (3 años). En cesantías, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato, por ser el momento a partir del cual se hace exigible su pago, y en las vacaciones el término de tres años comienza a correr cuando termina el año con que cuenta el empleador para concederlas, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST.

Como la demanda fue presentada el 2 de septiembre de 2019 (archivo 01 folio 98) y el reclamo se hizo el día de la conciliación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC2 del 27 de febrero de 2019 (archivo 01 folios 256 a 263) con lo cual se interrumpió la prescripción pues compareció el empleador⁶, operó la prescripción de los derechos que pudieron causarse antes del 27 de

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4866-2021 Rad. 82444 MM.PP. GERARDO BOTERO ZULUAGA y FERNANDO CASTILLO CADENA.

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Rad. 33273 Junio 18 de 2008, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ: “(...) la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.”.

febrero de 2016, salvo las cesantías -según se dijo- y las vacaciones frente a las cuales procede el pago de las causadas a partir del 2 de septiembre de 2015.

Con las diferencias salariales antes señaladas, efectuados los cálculos correspondientes, y teniendo en cuenta que no existe controversia acerca del pago de las acreencias calculadas sobre el salario básico, se modificará la decisión de primera instancia en los valores adeudados por conceptos de *intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones*, pues la Sala obtuvo un valor inferior al determinado en primera instancia; y se confirmará la condena proferida a título de *cesantías* adeudadas en virtud del ya citado principio de *no reformatio in pejus*:

TOTALES	Valor Liquidado	Sentencia 1ª Instancia
Cesantías	\$5.946.305	\$5.463.791
Intereses	\$172.018	\$284.594
Primas	\$1.739.579	\$2.435.829
Vacaciones	\$1.361.358	\$1.832.800

Se confirmará también la condena al pago de la reliquidación de aportes, para lo cual se deben tener en cuenta las diferencias salariales señaladas en la sentencia de primera instancia, según se indicó con anterioridad.

MAYOR VALOR INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. El artículo 64 inciso 4º del CST, tasa el valor de la indemnización por despido sin justa causa, cuando se trata de un contrato a término indefinido, en el valor de 30 salarios diarios por el primer año de servicio o menos, y 20 días adicionales por cada año continuo subsiguiente y proporcionalmente por fracción de año.

Conforme a ello y teniendo en cuenta los límites temporales del contrato de trabajo -15 de diciembre de 2010 al 7 de agosto de 2017-, resulta ajustado a derecho el número de días de indemnización que tomó el empleador en la liquidación de prestaciones sociales -142,94- (archivo 01 folio 74). Conforme a ello y teniendo en cuenta las diferencias salariales determinadas en acápites previos, se obtiene una diferencia salarial mensual promedio para la fecha de terminación del vínculo de \$1.050.996, que arroja un mayor valor a reconocer

a título de indemnización por despido sin justa causa de \$5.007.648, inferior a la condena impartida en primera instancia por este concepto -\$8.514.259-, por lo que también se modificará la decisión apelada en este aspecto.

(iii) SANCIONES MORATORIAS. Pasa ahora el Tribunal a definir sobre las condenas impuestas por sanción moratoria, advirtiendo que los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST imponen el pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación completa de las cesantías a un fondo y en la demora en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado y estuvieren pendientes de pago al trabajador cuando finalizar el vínculo laboral, respectivamente.

No obstante, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente, que dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva del entendimiento plausible, es decir con razones válidas en el empleador, de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda, de los valores reclamados. En el caso presente debe entender el Tribunal un entendimiento plausible en la demandada de no estar obligada a liquidar los derechos laborales del demandante con las sumas sobre las cuales había pactado previamente la exclusión salarial, pues sobre la validez de este tipo de pactos ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, a tal punto que la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha estimado la validez de las exclusiones para la liquidación de prestaciones sociales de los trabajadores en el pasado (sentencia SL9827 de 2015).

Ello permitía a la demandada obrar como lo hizo, con buena fe, amparada en una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye la condena impuesta en primera instancia al pago de las sanciones moratorias. Sobre esta condena, ha dicho la Corte que “(...) *no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta*

*del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*⁷.

En lugar de la sanción moratoria se ordenará la indexación de las condenas con el paso del tiempo, se abre paso la indexación de las acreencias adeudada al momento del pago⁸, de acuerdo con la siguiente fórmula⁹:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a la demandada, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como

⁷ CSJ SL4076-2017 *"También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley".*

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

ocurrió en el caso bajo estudio (Ver contestación en archivo 01 folios 197 a 215 y carpeta 05 archivo 02 folios 1 a 16).

SIN COSTAS de segunda instancia, por el resultado del recurso.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** a SCOTIABANK COLPATRIA al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero a favor del demandante: por Cesantías \$5.463.791; por intereses sobre las cesantías \$172.018; por primas de servicios \$1.739.579; por vacaciones \$1.361.358; y por despido sin justa causa \$5.007.648, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSBY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada